HL 101G I

HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb. 28, 1904

Digitized by Google

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den

Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Sechster Band.

Tübingen, 1894.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Rec. Feb. 28, 1907

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des sechsten Bandes.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

Seite

1. Zur Frage der Verpfändung von Zugehörungen. 1
2. Mäklergebühr. 13
3. Kaufmännischer Verpflichtungsschein oder Avis. 17
4. Auslegung des Versprechens, für alle aus dem Kreditvertrag dem Kreditgeber erwachsenden Ansprüche und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitals als der Zinsen haften und sich dafür verbindlich machen zu wollen, wenn sich der Saldo durch Wechsel, die in Rechnung gegeben werden und mit Protest zurückgehen, erhöhe 20
5. Ungültigkeit der Ehe wegen Beischlafsunfähigkeit eines Teils. Beweis durch körperliche Untersuchung. 24
6. Scheidung der Ehe wegen Beischlafs eines der Ehegatten mit einem Dritten während der Zeit der Verlobung. 26
7. Böslliche Verlassung seitens einer von ihrem Ehemann mit dessen Einverständnis getrennt lebenden Ehefrau. 28
8. Verschulden eines Vormunds. 31
9. Erfüllungsort für Entschädigungsansprüche wegen Verlöbnisbruchs 36
10. Unzulässigkeit der Pfändung des ausbezahlten Arbeitslohns am Tage der Auszahlung 39
11. Kann der Pfandgläubiger im Falle der freiwilligen Veräußerung des Unterpfands sofortige Befriedigung einer betagten Pfandforderung verlangen, oder muß sich derselbe damit begnügen, daß das Unterpfandsrecht von dem neuen Erwerber in dem seitherigen Umfang übernommen wird? 43
12. Pflicht zur Anmeldung der Firma zum Handelsregister seitens eines Gewerbetreibenden. 45

Seite

13. 1. Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber einer wider den Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft erhobenen Wechselklage, wenn die Klage aus dem Wechsel gegen die offene Handelsgesellschaft noch anhängig ist. 2. Einrede des Betrugs, gestützt darauf, daß der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft den eingeklagten Wechsel für eine Privatschuld auf den Namen der Gesellschaft acceptiert habe. 47
14. Vermächtnisvertrag oder unverbindliche Versicherungen. . . 51
15. Konventionalstrafe. 59
16. Bedeutung der Klausel „Versandt prompt vor Schluß der Rheinschifffahrt". 62
17. Täuschung über den Mietvertrag eines Hauses beim Verkauf desselben. 69
18. Pacht eines Steinbruchs. Eigentums-Erwerb an ausgebrochenen Steinen. 77
19. Verpflichtung eines Angewiesenen aus der Annahme der Anweisung. 83
20. Unklagbarkeit der Spielschulden und eines zum Spielen gegebenen Darlehens. 87
21. Passivlegitimation bei dem Anspruch der Witwe eines Offiziers auf Pension. Bezieht sich die Ausschlußfrist auch auf die nach Württembergischen Bestimmungen zu gewährende Pension? 90
22. Beweiskraft eines Beibringens-Inventars. 95
23. Gewahrsam an den Waren einer in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Handelsfrau. 96
24. Anspruch auf eine Verhandlungsgebühr. 99
25. Berechnung der Verhandlungsgebühr, wenn über einen Teil des Streitgegenstands kontradiktorisch und über einen Teil nicht kontradiktorisch verhandelt wird. 101
26. Sind in einem von dem Konkursverwalter aufgenommenen Prozesse des Gemeinschuldners die Kosten des Rechtsstreits schlechthin, oder bloß vom Zeitpunkte der Aufnahme des Verfahrens seitens des Konkursverwalters an Masseschulden bezw. Masseforderungen? 135
27. Zur Frage der Dispositionsbefugnis des Hausvaters über das adventizische Vermögen des Hauskinds nach württ. Recht. Bedarf ein von dem Hausvater abgeschlossener Vergleich über zum bonum adventitium regulare eines minderjährigen Hauskinds gehörige Forderungen der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde. 138
28. Zu Art. 1 und 11 des Liegenschaftsgesetzes. 146
29. Uebertragung eines Fischereirechts durch bloßen Vertrag? . . 150

Seite

30 Steht dem Universalvermächtnisnehmer ein gesetzlicher Pfandrechtstitel zu? 151

31. Zu Art. 225 des Pfandgesetzes. Muß unter Umständen vor Erhebung der Schadenersatzklage gegen die Unterpfandsbehörde der dritte Besitzer des verpfändeten Grundstücks belangt werden? Ist dieser Erwerber gegen die Klage des Unterpfandgläubigers durch Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes geschützt, wenn eine unstatthafte Löschung des Unterpfands stattgefunden hat? Steht dem Pfandgläubiger, den die verklagten Mitglieder der Unterpfandsbehörde an den dritten Besitzer des Unterpfands verweisen, die Replik der Arglist zu? 153

32. Zur Bestimmung des Begriffes des Betrugs bei Vertragsabschlüssen 158

33. Differenzgeschäfte 161

34. Abtretung einer ärztlichen Praxis gegen Entgeld 169

35. Ungültigkeit des Vertrags, wodurch ein Beamter einer Berufsgenossenschaft gegen Entgeld verspricht, eine gewisse Person als seinen Nachfolger zu empfehlen 171

36. Schadenersatzanspruch wegen Nichtbefolgung des Auftrags, Wechsel zum Accept zu präsentieren; Kausalzusammenhang; Verpflichtungen und Substitutionsrecht des Beauftragten. . . 176

37. Hat der Vermieter oder der Mieter die Gefahr des Zufalls zu tragen, wenn zufolge eines bau- oder gewerbepolizeilichen Verbots die vermietete Sache dem Mieter nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden kann? Ist der Mieter in einem solchen Fall unter Umständen zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt? 185

38. Kann die Verpflichtung zu Eingehung eines Familienverhältnisses Gegenstand einer Obligation sein? 191

39. §§ 2 und 3. Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes; Vorempfang von Vatergut bei fortgesetzter allgemeiner Gütergemeinschaft als anfechtbare Rechtshandlung. 192

40. 1. Gerichtsstand der Klage auf Anerkennung des statutarischen Nutznießungsrechtes an Liegenschaften.
2. Welches Recht ist für das Erbrecht des überlebenden Gatten und für die Form eines Erbverzichts maßgebend? Begriff des Wohnsitzes.
3. Voraussetzungen der Verwirkung des statutarischen Nießbrauchs (L R. V, 11 § 2). 199

41. Zu Art. 280 H.G.B., Schweigen als Willenserklärung. . . 212

42. Liegt ein Vermögensnachteil im Sinne des § 3 Ziff. 2 des Haftpflichtgesetzes für einen Verletzten vor, der trotz verminderter Arbeitsfähigkeit denselben Lohn bezieht, wie vor der Verletzung? 220

43. Ist der Gerichtsstand des § 25 C.P.O. begründet für eine

Seite

Klage, womit der Verzicht auf ein Pfandrecht gegenüber dem Eigentümer der verpfändeten Liegenschaft angefochten wird? . 225

44. Ist dem obsiegenden Kläger die von dessen Anwalt an den Gerichtsdiener für das Zurückbringen der Urschrift der Klage mit Terminsvermerk bezahlte Ganggebühr zu erstatten? . . . 227

45. Zu § 17 der Rechtsanwaltsgebührenordnung 228

46. Zu Art 3 c. des Erbschaftssteuergesetzes vom 24. März 1881 230

47. Unterliegt ein Vermächtnis an eine katholische Pfarrstelle zum Zweck der Abhaltung von Seelenmessen und Seelenämtern der Erbschaftssteuer? 231

48. Voraussetzungen einer Klage auf Schutz im Besitz einer Fischereigerechtigkeit 232

49. Zur Auslegung von Art. 408 H.G.B. 235

50 Kann ein Verletzter für die Zeit, während er auf Grund seiner Beteiligung an einer Krankenkasse in einem Krankenhaus unentgeldlich verpflegt und verköstigt worden ist, Ersatz des gesamten ihm entgangenen Arbeitsverdienstes von dem Verletzer verlangen? 238

51. Wird ein im Zwangsvollstreckungsweg erfolgender Liegenschaftsverkauf nach der württemb. Subhastationsordnung vom 18. Aug. 1879 perfekt mit der Zeichnung des höchsten Angebots oder mit der Erteilung des Zuschlagsbescheids? Ist für die Anfechtung des Zuschlagsbescheids der Rechtsweg zulässig? Ist die Vollstreckungsbehörde, auch soweit sie ihre Befugnisse überschreitet, noch gesetzliche Vertreterin des Vollstreckungsschuldners? 251

52. Wirkung eines Vergleichs über die Ausübung des Miteigentums gegen Sonderrechtsnachfolger 265

53. Teilung unter einigen der Teilhaber 269

54. Hat derjenige, der das dingliche Recht hat, zu einem bestimmten Zweck einen fremden Hofraum zu betreten, einen Anspruch auf einen Schlüssel zum Thor dieses Hofraums? 274

55. Haftung der Unterpfandsbehörde für ein von ihr ausgestelltes Zeugnis. Kausalzusammenhang zwischen Verschuldung und Schaden 277

56. Rechtliche Stellung des Teilhabers und des Stellvertreters eines Jagdpächters; Rechte derselben gegenüber einem an Stelle des bisherigen Jagdpächters auf dessen Betreiben getretenen neuen Jagdpächter, der entgegen einer von ihm mit dem bisherigen Jagdpächter getroffenen Abrede ihre Eintragung als Teilhaber bezw. Stellvertreter außer Wirkung gesetzt hat? . . 285

57. Haftung des technischen Leiters einer Brauerei für den Ver-

Seite

derb von Bier; Beweislast in Betreff der Ursache dieses Verderbs 291

58. 1. Was sind „bedungene Zinsen" im Sinn des Art. 1 Ziff. 9 des Gesetzes vom 6. Mai 1852?
2. Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Verjährung 296

59. Bürgschaft auf bestimmte Zeit 301

60. Ist der Gläubiger dem Selbstschuldner-Bürgen gegenüber verpflichtet, seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners anzumelden? 306

61. Unter welchen Voraussetzungen kann der Dritte, der für einen unter das württ. Fürsorgegesetz vom 23. Mai 1890 fallenden Unfall aufzukommen hat, gegenüber dem Ersatzanspruch des Staats aus Art. 10 Abs. 2 dieses Gesetzes sich auf einen mit dem Verletzten oder dessen Erben geschlossenen Vergleich berufen? 308

62. 1. Auflösung eines Vereins oder bloße Aenderung des Statuts?
2. Inwiefern ist eine Veränderung des Statuts in Betreff der Bedingungen der Angehörigkeit zu einem (Unterstützungs-) Verein mit Wirkung für die derzeitigen Mitglieder zulässig? 319

63. Leugnung einer Einredebehauptung oder Replik? 329

64. Zum Begriff der „Thatsachen" im Sinn des § 410 C.P.O. 332

65. Zur Auslegung des § 94 C.P.O. 336

66. Kann ein Konkursverwalter die Verwertung einer zur Masse gehörigen verfaustpfändeten Forderung unter allen Umständen nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 117 K.O.)? 337

67. Wirkung der Ablehnung einer Operation auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten? 339

68. Gehen auf die württ. Gebäudebrandversicherungsanstalt durch Leistung der Vergütung an einen Versicherten von selbst dessen Rechte gegen den ersatzpflichtigen Dritten über? 341

69. Schadensersatzforderung einer Konkursmasse gegen eine andere Konkursmasse wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags, wenn beide Kontrahenten in Konkurs gekommen sind (§§ 15. 21 K.-O.)? 350

70. Successives Vermächtnis oder Stiftung? 353

71. Streitwert, wenn nur über die Fälligkeit einer Forderung gestritten wird? 356

72. Sind in einem Fall, wo der Rechtsstreit gemäß § 467 C.P.O. vor das Landgericht verwiesen worden ist, dem obsiegenden Kläger die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens unbedingt zu erstatten? 358

B. In Strafsachen.

Seite

1. Sind unter den Ausdrücken „Arzneien„ in § 367 Ziff. 3 St.G.B. und „Heilmittel" in § 1 der kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 betreff. den Verkehr mit Arzneimitteln auch Heilmittel für Tiere begriffen? 362
2. Zu § 367 Ziff. 3 St.G.B., Ziff. 9 des der kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 anliegenden Verzeichnisses und § 7 der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 19. Dezember 1891. Homöopathische Vereinsapotheken 364
3. Begründet der Karussellbetrieb im Umherziehen die Pflicht zur Entrichtung der sogen. Ausdehnungsabgabe nach Maßgabe des Art. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1890, betreffend die Kommunalbesteuerung des Hausiergewerbebetriebs? 373

II. Abhandlungen.

1. Legitimation eines im Ehebruch erzeugten Kindes . 106

2. Mitteilungen aus dem württemb. Landesstrafrecht.

1. Müssen in Württemberg die von einem Bierbrauer an seine Kunden gelieferten Bierfäßchen geeicht sein?
2. Gilt der bayerische Eichungsstempel auf Fässern auch für das übrige Reichsgebiet? 116

Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

Zurückbehaltungsrecht des als Armenanwalt bestellten Rechtsanwalts an den Handakten 243

Litterarische Anzeige.

Lang, Dr. H. von, Die wesentlichsten Mängel der deutschen Reichscivilprozeßordnuug und Vorschläge zu ihrer Revision. . . . 247

Alphabetisches Sachregister.

(Seite 379.)

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Zur Frage der Verpfändung von Zugehörungen.

Am 23. November 1891 hat der Fabrikant Gustav K. in Stuttgart-Feuerbach dem Privatier Raimund B. in Cannstatt für ein Darlehen von 40 000 M. neben seinem Fabrikanwesen in Feuerbach (mit 3. Pfandrecht) die mit dem Anwesen bereits verpfändeten Zubehörden (mit Nachpfandrecht) und die bis dahin noch pfandfreien „Geschäftsutensilien und das gesamte Lager an fertigen und halbfertigen Waren und Rohmaterialien jeder Art nach dem jeweiligen Bestand und zwar durchaus als Sachgesamtheit" zu Unterpfand bestellt. Am 23. Dezember 1891 ist über das Vermögen des K., am 13. Februar 1892 über das des B. der Konkurs eröffnet worden. Wenige Tage vor Ausbruch seines Konkurses hat K. einen Teil der verpfändeten Waren und Rohmaterialien in das städtische Lagerhaus in Stuttgart, dessen Betrieb in den Händen einer Aktiengesellschaft ist, verbracht, wo dieselben in einem allgemeinen Lagerraum (nicht etwa in einem von K. besonders gemieteten Raum) lagerten. In der Lagerhausordnung, welche — wie die Parteien anerkennen — für das Rechtsverhältnis zwischen K. und der Lagerhausgesellschaft Geltung hatte, ist in § 4 bestimmt: „Die Lagerhausverwaltung

vermietet je nach Verfügbarkeit auch abgeschlossene Räume zur Lagerung in eigener Verwahrung des Lagernehmers". Nach § 46 Abs. 1 ist die Lagerhausverwaltung nicht verpflichtet, vor Bezahlung der auf den Gütern haftenden Gebühren u. s. w. die Waren auszufolgen, nach § 52 hat sie für sämtliche auf den bei ihr eingelagerten Waren lastenden Gebühren und Auslagen u. s. w. und für alle ihre sonstigen Forderungen an den Lagernehmer bezw. Mieter ein Retentions- und Pfandrecht an den eingelagerten Waren.

K. strebte die Lombardierung der eingelagerten Güter bei der Lagerhausgesellschaft an; ehe aber eine Entscheidung hierüber getroffen wurde, geriet er in Konkurs. In diesem machte alsbald B. auf Grund seines Unterpfandsrechts ein Absonderungsrecht auch an den im Lagerhaus eingelagerten Gütern geltend. Später wurde zwischen den Parteien vereinbart, daß diese Güter freihändig verkauft werden sollten, wobei der klagenden Konkursmasse für den Fall, daß sie mit ihrem Absonderungsanspruch durchdringen würde, der Anspruch auf den erzielten Erlös vorbehalten blieb.

Klägerin hat Klage erhoben auf Anerkennung des ihr zustehenden Absonderungsrechts 1) an der Liegenschaft und den darauf befindlichen beweglichen Zugehörungen und 2) an den im Lagerhaus befindlichen Waren und Rohmaterialien. Seitens der Beklagten wurde in der mündlichen Verhandlung erster Instanz das erstere — zuvor von ihr ebenfalls bestrittene — Absonderungsrecht, dessen Wert auf 6000 M. veranschlagt wurde, anerkannt, dasjenige zu Ziff. 2 dagegen bestritten.

Durch Urteil vom 3. Juni 1892 hat die Civilkammer des Landgerichts — dem Klagantrag entsprechend — erkannt: „Es wird festgestellt, daß der Anspruch der klägerischen Konkursmasse auf abgesonderte Befriedigung die zur Zeit der Eröffnung des Konkurses in das Vermögen des Gemeinschuldners K. im städtischen Lagerhaus zu Stuttgart befindlich gewesenen, dem K. gehörigen fertigen und halbfertigen Waren und Rohmaterialien mitumfaßt hat".

Gegen dieses Urteil hat Beklagte Berufung eingelegt.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung über dieselbe wurde von ihrer Seite der Antrag verlesen: es wolle unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abgewiesen werden, — wogegen seitens der Klägerin Zurückweisung der Berufung beantragt wurde.

Unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils wurde die Klage abgewiesen.

Gründe:

I. In Betreff der Frage der Zulässigkeit der Verpfändung eines Warenlagers als Zugehörung eines Fabrikanwesens hat das Oberlandesgericht keinen Anlaß gefunden, von seiner bisherigen Bejahung dieser Frage [1]) abzugehen. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt sonach davon ab, ob hinsichtlich der von K. in das städtische Lagerhaus in Stuttgart verbrachten Waren das Unterpfandsrecht des B. erloschen ist.

II. In dieser Richtung ist zunächst in Uebereinstimmung mit der Entscheidung dieses Senats vom 23. Januar 1891 in Sachen der Spinnerei Reutlingen gegen die Handwerkerbank Reutlingen [2]) davon auszugehen, daß „die Dauer der Pfandhaftung der Zugehörung auf die Dauer ihres Zubehörverhältnisses beschränkt und damit dem Eigentümer die Aufhebung des Pfandverbands mittels Aufhebung des Zubehörverhältnisses in die Hand gegeben" ist. Dieser Satz folgt — jedenfalls für als Sachgesamtheit verpfändete Zugehörungen — unmittelbar aus Art. 51 des Pfandgesetzes, wonach, wenn mit einer unbeweglichen Sache eine Gesamtheit von beweglichen Sachen verpfändet ist, dem Pfandrecht „alle die einzelnen, auch später erworbenen Sachen" unterliegen, „welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage jene Eigenschaft haben".

Wenn dies neuerdings wieder bestritten und behauptet worden ist, der Art. 51 besage nicht, daß *nur* diejenigen Sachen dem Pfandrecht unterworfen seien, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage Zubehör-Eigenschaft haben, sondern

1) vergl. Jahrb. d. württ. Rechtspflege Bd. 1 S. 22 ff. S. 159.
2) vergl. Jahrb. V, 253 ff. u. R.G. Bd. 28 Nr. 32.

nur, daß auch die nach der Verpfändung erworbenen Sachen dem Pfandrecht unterliegen, falls ihnen zur Zeit der Erhebung der Pfandklage diese Eigenschaft zukomme, so ist dies offenbar irrig. Der Art. 51 Pf.G. steht in dem vom „Umfang des Unterpfands" handelnden Abschnitt des Gesetzes und will nach seinem klaren Wortlaut erschöpfend bestimmen, welche Gegenstände das Unterpfandsrecht an einer Sachgesamtheit umfaßt, er thut dies in der Weise, daß er zunächst allgemein den Umfang dieses Unterpfandsrechts dahin angiebt, daß demselben alle Sachen — und also nur diese Sachen — unterliegen, denen zur Zeit der Erhebung der Pfandklage Zubehör-Eigenschaft zukommt, und hebt dann zur Beseitigung möglicher Zweifel ausdrücklich hervor, daß darauf nichts ankomme, ob diese Sachen vor oder nach der Pfandbestellung erworben worden sind.

Das Gesetz sagt nicht, wie die hier bekämpfte Ansicht zu unterstellen scheint, dem Unterpfandsrecht unterliegen „auch alle die einzelnen später erworbenen Sachen", die zur Zeit der Pfandklage Zubehör-Eigenschaft besitzen, sondern seine mit gutem Bedacht gewählte Fassung geht dahin, daß dem Pfandrecht „alle die einzelnen, auch später erworbenen Sachen, welche u. s. w." — unterliegen.

III. Mit der angeführten Entscheidung dieses Senats vom 23. Januar 1891 ist weiter davon auszugehen, daß für das Zubehörverhältnis als ein wesentlich thatsächliches Verhältnis der — für die Endigung von Rechten nicht zutreffende — „in der Logik begründete Satz gilt, daß es aufhört, wenn eines der Erfordernisse seiner Entstehung hinwegfällt": Zugehörung ist eine Sache, welche mit einer andern Sache in einem gewissen Zusammenhang steht; fällt dieser zum Begriff der Zugehörung gehörige Zusammenhang weg, so hört eben damit notwendig die Zugehöreigenschaft der Sache auf. Besteht daher der zwischen Hauptsache und Zugehörung erforderliche Zusammenhang darin, daß letztere der ersteren dauernd zu dienen bestimmt ist, so hört die Zubehör-Eigenschaft auf, wenn diese Bestimmung der Sache aufhört; besteht

aber der erforderliche Zuſammenhang lediglich darin, daß zwiſchen Hauptſache und Zugehörung eine räumliche Verbindung ſtattfindet, ſo hört die Zubehör-Eigenſchaft auf, wenn die räumliche Verbindung aufhört (wobei zunächſt dahingeſtellt bleibt, inwieweit auch einer rechtswidrigen Aufhebung der räumlichen Verbindung dieſe Wirkung zukommt).

IV. Aus dem Satz, daß das Zubehörverhältnis aufhört, wenn eines der Erforderniſſe ſeiner Entſtehung wegfällt, folgt, daß eine Sache aufhört, Zugehörung einer Liegenſchaft zu ſein, wenn ſie in eine Lage gebracht wird, in der ſie, wenn jetzt die Liegenſchaft nebſt Zugehörungen verpfändet werden wollte, nicht zu dieſen Zugehörungen gerechnet werden könnte. Man kann alſo die Frage, ob ein Gegenſtand zur Zeit der Geltendmachung des Unterpfandsrechts zu den mit der betreffenden Liegenſchaft als (geſetzliche oder gewillkürte) Zugehörungen verpfändeten Sachen gehört, von dem Geſichtspunkt aus beantworten, daß man prüft, ob dieſer Gegenſtand, wenn die Unterpfandsbeſtellung jetzt vorgenommen würde, zu den auf Grund derſelben mitverpfändeten Sachen zu zählen wäre. Dieſe Prüfung kann aber in Beziehung auf verſchiedene an demſelben Ort befindliche Sachen zu verſchiedenen Ergebniſſen führen: wenn jemand ein Haus in Stuttgart ſamt Zugehörungen und mit ſeinem Warenlager (als Sachgeſamtheit) verpfändet, ſo gelten die Vorfenſter dieſes Hauſes als mitverpfändet, auch wenn ſie zur Zeit in einem Haus des Verpfänders in Feuerbach aufbewahrt werden, nicht aber das in dem Feuerbacher Haus befindliche Warenlager.

V. Denn die Privatdispoſition hat — wie das Oberlandesgericht ſchon früher ausgeſprochen hat [1]), bei der Verpfändung beweglicher Sachen, welche nicht natürliche, geſetzliche Zugehörungen der Liegenſchaft ſind, der Natur der Sache nach ſich innerhalb gewiſſer Grenzen zu halten; jene Sachen müſſen in einer gewiſſen Beziehung zu der Liegenſchaft ſtehen. Während dieſe Beziehung bei den natürlichen Zugehörungen

1) Württemb. Jahrbücher Bd. 1 S. 26—27.

sich aus deren Beschaffenheit ergiebt (Vorfenster, Hausschlüssel, Brunnendeckel, Wasserleitungsröhren, Weinbergpfähle gehören ihrer Natur nach zu einer Liegenschaft), fehlt ein derartiger innerer Zusammenhang zwischen den Rohmaterialien für ein gewisses Fabrikat oder den Erzeugnissen einer Fabrik (dem Warenlager) und einem bestimmten Fabrikanwesen. Die Beschaffenheit derartiger Gegenstände weist nicht darauf hin, daß sie zu einer Liegenschaft, geschweige denn zu einer bestimmten Liegenschaft gehören. Eben weil nun zwischen den gewillkürten Zugehörungen und ihrer Hauptsache ein innerer Zusammenhang nicht besteht, muß die Beziehung zwischen denselben eine äußerliche räumliche sein. Es müssen daher die Gegenstände, welche als gewillkürte Zugehörungen mit einer Liegenschaft verpfändet werden sollen, sich auf dieser Liegenschaft oder doch auf einem mit dieser Liegenschaft in erkennbarer Weise und insbesondere durch nahe räumliche Beziehung verknüpften Grundstücke befinden. Dem entsprechend hat das Reichsgericht die Annahme des oberlandesgerichtlichen Urteils vom 23. Januar 1891 gebilligt, „daß eine bewegliche Sache nicht schon dadurch die Eigenschaft eines Zubehörs eines Grundstücks verliere, daß sie von dort zur Aufbewahrung auf ein „nahegelegenes“ (nämlich 5—7 Minuten entferntes) „anderes Grundstück verbracht werde, welches seinerseits selbst den Zwecken des Hauptgrundstücks zu dienen bestimmt sei“. Unzulässig wäre es aber, wenn jemand mit seinem Haus das in einem Magazin am andern Ende der Stadt oder gar in einer ganz andern Stadt befindliche Warenlager als Zugehörung dieses Hauses mitverpfänden wollte.

Das städtische Lagerhaus in Stuttgart ist nun dem Fabrikanwesen des K. in Feuerbach weder nahe gelegen, noch den Zwecken dieses Anwesens zu dienen bestimmt; wenn daher zur Zeit der Unterpfandsbestellung vom 23. November 1891 die in Frage stehenden Gegenstände sich in dem Lagerhaus befunden hätten, so wäre eine Verpfändung derselben als Zugehörungen des Feuerbacher Fabrikanwesens des K. nicht möglich gewesen, auch wenn sie ausdrücklich als mitverpfändet

bezeichnet worden wären (während es ſich anders verhält hinſichtlich der in dem Urteil des Oberlandesgerichts vom 23. Januar 1891 erwähnten, auf einem nahegelegenen, vom Eigentümer des verpfändeten Grundſtücks gemieteten Areal befindlichen Waren).

Hieraus folgt aber in Gemäßheit der oben in Ziff. III und IV enthaltenen Ausführungen unmittelbar, daß die in Rede ſtehenden Waren durch ihre Verbringung in das Stuttgarter Lagerhaus aufgehört haben, Zugehörungen des verpfändeten Feuerbacher Fabrikanweſens zu ſein, weil eines der Erforderniſſe der Entſtehung des Zubehörverhältniſſes, der notwendige räumliche Zuſammenhang zwiſchen Haupt- und Nebenſache, weggefallen iſt.

VI. Die Entſcheidung des vorigen Richters geht davon aus, daß die Zubehör-Eigenſchaft der fraglichen Waren deshalb nicht weggefallen ſei, weil eine endgiltige Löſung ihres Zuſammenhangs mit der verpfändeten Liegenſchaft nicht eingetreten ſei. In der That iſt es ein allgemein gelehrter und auch in neuere Geſetze und Geſetzes-Entwürfe übergegangener Satz, daß ein Zubehörſtück dieſe Eigenſchaft dadurch nicht verliert, daß es nur zu einem vorübergehenden Zwecke von der Hauptſache getrennt wird. Wo — wie in dem richtig verſtandenen gemeinen Recht, in den neueren Geſetzen und Geſetzesentwürfen — als Zugehörungen nur ſolche Sachen behandelt werden, die dem Intereſſe der Hauptſache dauernd zu dienen beſtimmt ſind, iſt dieſer Satz — wie die Entſcheidungsgründe des diesſeitigen Urteils vom 23. Januar 1891 ſich ausdrücken — ziemlich ſelbſtverſtändlich; er enthält nicht ſowohl eine vom Recht getroffene Beſtimmung, als eine aus der Natur der Sache ſich ergebende Folgerung: daß der abgezogene und in der Taſche über Land getragene Hausſchlüſſel, das den Sommer über in einem entfernten Magazin aufbewahrte Vorfenſter fortwährend zum Haus gehört und ebenſo der im Winter herausgenommene Weinbergpfahl zum Weinberg, iſt ebenſo ſelbſtverſtändlich, als daß das Zubehörverhältnis aufhört, wenn der Hausſchlüſſel, das Vorfenſter, der

Thüre, den Fenſtern eines andern Hauſes angepaßt, die Pfähle in einem andern Weinberg verwendet werden. Das Begriffsmerkmal der dauernden Beſtimmung einer Sache für eine andere wird durch eine vorübergehende räumliche Trennung der beiden Sachen nicht aufgehoben.

Aber dieſes Begriffsmerkmal trifft bei den gewillkürten Zugehörungen des württ. Rechts von der Art der im gegenwärtigen Rechtsſtreit in Betracht kommenden (Rohmaterialien und Produkte einer Fabrik) nicht zu: dieſe ſind offenſichtlich nicht dazu beſtimmt, der Fabrik, als deren Zugehörungen ſie verpfändet ſind, dauernd zu dienen, ihre Beſtimmung iſt vielmehr gerade umgekehrt die, möglichſt bald als verkäufliche oder verkaufte Waren die Fabrik zu verlaſſen. Sie ſind Zugehörungen einer Liegenſchaft nicht kraft einer aus ihrer Beſchaffenheit ſich ergebenden Beſtimmung, vielmehr hängt — wie ſchon oben bemerkt wurde — die Möglichkeit, ſie als Zugehörungen einer Liegenſchaft zu behandeln, lediglich von ihrem räumlichen Verhältnis zu dem betreffenden Grundſtück ab; tritt an Stelle des räumlichen Zuſammenhangs mit dieſem Grundſtück der räumliche Zuſammenhang mit einem andern Grundſtück, ſo hört eben die Verbindung mit dem erſteren und damit die Möglichkeit, die Sachen als zu dieſem Grundſtück gehörig zu behandeln, auf; die Abſicht des Verpfänders, die Gegenſtände ſpäter wieder auf das erſte Grundſtück zurückzuverbringen, ändert daran nichts, ſie kann den Mangel einer thatſächlichen, ſichtbaren Verbindung zwiſchen dem Grundſtück und der von ihm entfernten Sache nicht erſetzen. Eine poſitiv-rechtliche Abweichung von dieſen aus der Natur der Sache folgenden Sätzen beſteht im württ. Recht nicht, ihre Richtigkeit ergiebt ſich auch aus folgender Erwägung: wenn ein Fabrikant Waren aus ſeinem Anweſen in Feuerbach in ſein Magazin nach Stuttgart ſchafft, ſo kann er ſie, ſo lange ſie ſich in dem Stuttgarter Magazin befinden, als deſſen Zugehörungen mit dem Magazin zu Unterpfand beſtellen, mag er auch beabſichtigen, ſie künftig einmal wieder auf das Feuerbacher Anweſen zurückzuſchaffen; dieſelben Waren können aber

nicht zugleich Zugehörungen des Feuerbacher und des Stuttgarter Anweſens ſein; aus der Möglichkeit, ſie als Zugehörungen des Stuttgarter Magazins zu behandeln, folgt daher, daß ſie nicht mehr Zugehörungen des Feuerbacher Anweſens ſein können. Es ſpricht denn auch die Rückſicht auf die Rechtsſicherheit dafür, daß bei derartigen gewillkürten Zugehörungen der objektive Sachverhalt, der ſichtbare räumliche Zuſammenhang darüber entſcheidet, ob ein Gegenſtand als zu einem Grundſtück gehörig behandelt werden darf oder nicht, und nicht die oft ſchwierig zu ermittelnde Abſicht des Verpfänders, die Sachen dauernd bezw. nur vorübergehend von dem verpfändeten Grundſtück zu entfernen.

Durch die Verbringung der in Frage ſtehenden Waren in das Stuttgarter Lagerhaus waren nun dieſelben in einen räumlichen Zuſammenhang mit dem Lagerhaus gebracht, der es ermöglicht hätte, ſie (unter Zuſtimmung des Eigentümers: Art. 6 des Pfandgeſetzes) als Zugehörungen des Lagerhauſes zu verpfänden — mag auch K. ſich die Befugnis vorbehalten haben, ſie wieder nach Feuerbach oder an einen andern Ort zu verbringen. Damit iſt geſagt, daß ſie aufgehört haben, Zubehörungen des Feuerbacher Anweſens zu ſein, einerlei ob ihre Entfernung von letzterem als eine endgiltige anzuſehen iſt oder nicht.

Uebrigens ließe ſich auch nicht ſagen, daß die ins Lagerhaus verbrachten Waren *nur vorübergehend* von dem Feuerbacher Fabrikanweſen getrennt worden ſind. Wie aus dem alsbald folgenden Konkursausbruch zu ſchließen iſt, war K. zur Zeit jener Verbringung in Geldnot und daher darauf bedacht, ſich mittels Verpfändung oder Verkaufs jener Waren Geld zu verſchaffen. Im Fall der Verpfändung war eine Wiederauslöſung bei der Lage K.'s unwahrſcheinlich, was K. ſelbſt ſich nicht verhehlen konnte. Wenn er trotzdem in dem Brief an die Lagerhausverwaltung von ſeiner Abſicht ſpricht, die Güter im Frühjahr wieder nach Feuerbach zurückzuverbringen, ſo kann hierin nur eine zur Verhüllung ſeiner Verhältniſſe gebrauchte Vorſpiegelung oder der Ausdruck einer

durch die Umstände nicht gerechtfertigten Hoffnung gesehen werden.

VII. Es ist schon in Ziff. II hervorgehoben worden, daß die württ. Pfandgesetzgebung durch Beschränkung der Pfandhaftung von Zugehörungen auf die Dauer des Zubehörverhältnisses dem Eigentümer der Zugehörungen die Aufhebung des Pfandverbands mittels Aufhebung des Zubehörverhältnisses in die Hand gegeben hat. Hiebei kann darauf nichts ankommen, ob der Verpfänder bei solcher Aufhebung des Zubehörverhältnisses sich bewußt war bezw. bewußt sein mußte, daß sie den Unterpfandsgläubiger zu schädigen geeignet sei. Die böse Absicht des Verpfänders kann nicht dazu führen, daß ein Gegenstand noch als Zugehörung zu gelten hat, obwohl ein die Zubehör-Eigenschaft bedingendes Begriffsmerkmal weggefallen ist. Wenn ein Verpfänder eine als Zugehörung verpfändete Sache in einem andern Haus versteckt oder sie, um sie dem Zugriff des Unterpfandsgläubigers zu entziehen, auf die Seite schafft, so hört damit allerdings die Zubehör-Eigenschaft der Sache *dann* nicht auf, wenn sie den Zwecken der Hauptsache dauernd zu dienen bestimmt ist und diese Bestimmung beibehält. Der Grund der Fortdauer des Zubehörverhältnisses liegt aber in diesem Fall nicht darin, daß die räumliche Trennung von der Hauptsache eine unberechtigte, in böser Absicht erfolgte war, sondern darin, daß diese Trennung für sich allein die Zubehör-Eigenschaft nicht zu zerstören vermocht hat. Aber eben in diesem Punkt verhält es sich anders bei gewillkürten Zugehörungen, deren Zusammenhang mit der Hauptsache — wie bei den in diesem Rechtsstreit in Frage stehenden Waren — lediglich auf ihrer räumlichen Verbindung mit derselben beruht: hier muß die räumliche Trennung, welche der Verpfänder zwischen Hauptsache und Zugehörung vornimmt, das Zubehörverhältnis (und damit auch die Pfandhaftung) der bisherigen Zugehörung beendigen. Es würde einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung dahin bedürfen, daß *nur eine den Umständen nach gerechtfertigte* Trennung von der Hauptsache deren Pfandhaftung

beseitige, wenn dies als geltendes Recht anerkannt werden sollte. Eine solche Gesetzesbestimmung besteht aber nicht und in den Art. 51 Pf.G., welcher in Betreff der als Zugehörungen verpfändeten Sachgesamtheiten bestimmt, daß dem Pfandrecht nur diejenigen Sachen unterliegen, die zur Zeit der Erhebung der Pfandklage die Eigenschaft von Zugehörungen haben, darf nicht eine Unterscheidung hineingetragen werden zwischen solchen Sachen, denen der Verpfänder berechtigterweise — und solchen, denen er unberechtigterweise die Zubehör-Eigenschaft entzogen hat [1]).

Es würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, wenn der Richter z. B. bei jeder Wegveräußerung eines zu einer als Zugehörung mitverpfändeten Sachgesamtheit gehörigen Gegenstands oder, so oft eine solche Sache mit einem andern Grundstück in einen derartigen Zusammenhang gebracht wird, daß sie als dessen Zugehörung behandelt werden kann, untersuchen müßte, ob diese Veräußerung oder Wegverbringung durch die Umstände gerechtfertigt war oder nicht; es könnten hiebei leicht die Rechte Dritter, die solche Gegenstände gekauft oder als Pfand an sich gebracht haben, verletzt werden, insbesondere wäre dies in Württemberg der Fall gewesen, bevor durch Art. 306 H.G.B. bei kaufmännischen Verkäufen der redliche Erwerber geschützt wurde (die Annahme, daß ihm für den Fall des Kaufs einer verunterpfändeten Zugehörung Art. 258 Pf.G. Schutz gewähre, ist unhaltbar [2]). Aber auch jetzt noch wäre der redliche Erwerber, der eine als Zugehörung verpfändete Sache von einem Nichtkaufmann erworben hat, von der hier bekämpften Ansicht aus gegen die Pfandklage des Unterpfandsgläubigers nicht geschützt, und auch bei kaufmännischen Veräußerungen wäre der Käufer dem Einwand ausgesetzt, daß er gewußt habe oder habe wissen müssen, daß die veräußerte Sache zu einer verpfändeten Sachgesamtheit gehöre und der Verkäufer einen ungerechtfertigten, auffallenden Ausverkauf vorgenommen habe u. dgl.

1) vgl auch R.G. Bd. 25. Nr. 5 und arg. R.G. B. 8. Nr. 25.
2) vgl. Wächter, Erört. I. S. 47, 48 in Note 11.

Klare Rechtsverhältnisse wurden dagegen geschaffen durch den Satz, daß die Pfandhaftung von Zugehörungen durch Aufhebung des Zubehörverhältnisses schlechthin und unter allen Umständen aufgehoben wird. Daß hienach die Sicherheit, die eine Verpfändung insbesondere gewillkürter Zugehörungen der hier in Frage stehenden Art dem Gläubiger gewährt, eine prekäre ist, läßt sich freilich nicht verkennen. Aber wie eben gezeigt worden ist, würde eine andersartige Regelung der Sache die Sicherheit des Verkehrs sehr prekär machen, und sodann kommt in Betracht, daß jeder, der sich auf die Verpfändung von Warenlagern u. dgl. einläßt, sich von vornherein darüber klar sein muß, daß seine Sicherheit eine sehr zweifelhafte und wesentlich vom guten Willen des Verpfänders abhängige ist; er kann sich nicht darüber beklagen, wenn er um sein Geld kommt, weil der Verpfänder etwa kurz vor Konkursausbruch die verpfändeten Waren zu Geld gemacht hat, denn er mußte auf diese Möglichkeit von vornherein gefaßt sein: er hat eben der Persönlichkeit des Verpfänders getraut und sich hiebei getäuscht.

VIII. Nach dem Ausgeführten hat das Zubehörverhältnis und damit die Pfandhaftung der in Frage stehenden Gegenstände dadurch aufgehört, daß der Verpfänder K. sie in das Stuttgarter Lagerhaus verbracht hat. Der erhobene Absonderungsanspruch der Klägerin erscheint daher unbegründet, ohne daß es noch einer Erörterung darüber bedürfte, ob das Unterpfandsrecht des B. an diesen Gegenständen nicht jedenfalls dadurch erloschen ist, daß die Lagerhausgesellschaft ein Faustpfand- (bzw. Zurückhaltungs-)Recht an ihnen erworben hat. Das angefochtene Urteil war daher abzuändern und die Klage abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. November 1892 in Sachen der Konkursmasse des Fabrikanten Gustav K. in Stuttgart c. die Konkursmasse des Privatiers Raimund B. in Cannstatt.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Reichsgericht verworfen, weil die Entscheidung auf irrevisibelem Württ.

Recht beruhe. Bemerkt wurde noch, daß, soweit das Berufungsgericht sich mit den Erfordernissen des Entstehens gewillkürter Zugehörungen und des Fortbestandes derselben als solcher befaßt, aus dem gemeinen Rechte überhaupt kaum ein Angriff abgeleitet werden könne, weil diesem solche gewillkürten Zugehörungen im württembergisch rechtlichen Sinne unbekannt seien, es also auch keine gemeinrechtliche Theorie in Ansehung jener Fragen gebe (vergleiche Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen XV. Seite 214). Davon gehe das angefochtene Urteil selbst, wie in den Gründen besonders erwähnt sei, aus.

2.

Mäklergebühr.

Nach dem Vorbringen des Klägers hat dieser dem Wirt Heinrich M. für dessen Haus Nr. 156 der Silberburgstraße den Restaurateur Ludwig P. als Kaufsliebhaber bezeichnet und von demselben auf die Frage, was er ihm zahle, wenn P. das Haus kaufe, die Antwort erhalten: Wenn P. das Haus kauft, so bekommen Sie ein Prozent wie sonst auch. Kläger verlangt nun unter Berufung auf die unbestrittene Thatsache, daß P. das Haus um 90 000 M. gekauft hat, von den Bekl. als Erben des inzwischen verstorbenen Heinrich M. die versprochene Provision mit 900 M., wogegen Bekl. diesen Anspruch deshalb bestreiten, weil nicht Kläger, sondern Agent L. den fraglichen Kauf vermittelt habe. Hiegegen bringt Kläger noch vor, er sei ebenfalls für das Zustandekommen des Verkaufs thätig gewesen, und es habe der Erblasser der Beklagten dolose gehandelt, indem er die Vermittlung des Agenten L. angenommen oder angerufen und dadurch die Herbeiführung des Kaufs durch den Kläger verhindert habe. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Der Erblasser der Bekl. hat nach der eigenen Darstellung

des Klägers diesem mit der Aufforderung, den Verkauf seines Hauses an den von ihm als Kaufsliebhaber bezeichneten P. zu vermitteln, eine Provision von 1% des Kaufpreises für den Fall des Zustandekommens des Verkaufs versprochen. Nach der beim Mäklerlohn geltenden Regel, der zufolge dieser für das Zustandekommen des Geschäfts nur dann gefordert werden kann, wenn dasselbe als Folge der Thätigkeit des Mäklers erscheint, ist im vorliegenden Falle als im Willen der Kontrahenten gelegen anzunehmen, daß die versprochene Provision nur für den Fall einer durch den Kläger bewirkten Vermittlung des Kaufs bezahlt werden sollte. Auf diesen Sinn des Provisionsversprechens weisen, wie der Unterrichter bemerkt hat, die vom Erblasser der Bekl. ausdrücklich seinem Versprechen beigefügten Worte: „wie sonst auch" hin, womit ausgesprochen ist, daß die Größe des Mäklerlohns, wie die sonstigen Bestimmungen über die Bezahlung desselben die sonst üblichen sein sollen. Zwar wird zuweilen die Vereinbarung getroffen, die Provision sei zu entrichten, auch wenn das Geschäft ohne Vermittlung des Mäklers zu Stande komme. Es kann jedoch diese nicht gewöhnliche Bedeutung des Provisionsversprechens nur dann angenommen werden, wenn sie mit Sicherheit aus dem Inhalte desselben hervorgeht, während dies bei dem Provisionsversprechen des Erblassers der Bekl. nicht der Fall und überhaupt nicht wahrscheinlich ist, der letztere werde seine auf die Benennung des P. als Kaufliebhabers hin gemachte Zusage einer so erheblichen Belohnung lediglich an die Bedingung des Zustandekommens des Kaufvertrags, sollte dasselbe auch ohne alles Zuthun des Klägers erfolgen, geknüpft haben. Kläger hat daher zur Begründung seines Anspruchs auf Bezahlung der versprochenen Provision darzuthun, daß der Kaufvertrag zwischen dem Erblasser der Bekl. und P. durch seine Vermittlung zu Stande gekommen und damit die Bedingung des Provisionsversprechens eingetreten ist. Allein nach der eigenen Darstellung des Klägers, der zufolge er den P. zwar dahin gebracht hat, dem Erblasser der Bekl., der ursprünglich für das Haus 95 000 M. verlangt hatte, für

dasſelbe 88 000 M. zu bieten, derſelbe aber dieſes Anerbieten abgelehnt und ſodann ſein Haus durch Vermittlung des Agenten L. an P. um 90 000 M. verkauft hat, erſcheint die Vermittlung dieſes Kaufs nicht als die Folge der Thätigkeit des Klägers. Denn an denjenigen Unterhandlungen, welche den Abſchluß des Kaufs zum Preis von 90 000 M. herbeiführten, war Kläger nicht beteiligt, mag er auch ſeine Thätigkeit durch die Zurückweiſung des zunächſt von P. gemachten, auf 88 000 M. lautenden Kaufanerbietens noch nicht für abgeſchloſſen betrachtet und die Unterhandlungen mit P. auch noch nachher durch eine brieflich an denſelben gerichtete Anfrage über den Stand der Sache und durch einen nochmaligen Gang zu P., der ihm hiebei von ſchwebenden Unterhandlungen Mitteilung gemacht habe, fortgeſetzt haben In der vom Kläger entwickelten Thätigkeit aber, namentlich der Beſtimmung des P. zu dieſem Angebot von 88 000 M., liegt keine Vermittlung des Kaufvertrags, wie ſolche im vorliegenden Falle zur Bedingung der Bezahlung der Proviſion gemacht worden war, da dieſes Anerbieten vom Erblaſſer der Bekl. nicht angenommen wurde, die Behauptung des Klägers, ohne ſeine Thätigkeit wäre der Kauf mit P. nicht zu Stande gekommen, jeder Begründung ermangelt, und auch nicht dadurch erwieſen werden könnte, daß P. ſich ſpäter in dieſem Sinne ausgeſprochen haben ſoll. Die Bedingung, an welche das Proviſionsverſprechen geknüpft war, iſt hienach nicht eingetreten. Ebenſowenig liegt einer der Fälle vor, in welchen eine Bedingung ihrer Nichterfüllung unerachtet als erfüllt zu gelten hat. Denn ein Rechtsſatz, dem zufolge eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn der, welcher ſie zu erfüllen hat, all das Seinige dazu gethan hat, jedoch durch von ſeinem Willen unabhängige Umſtände an der Erfüllung verhindert worden iſt, beſteht in dieſer Allgemeinheit nicht, da die geſetzlichen Beſtimmungen, auf welche dieſer Rechtsſatz gegründet wird, ſich nur auf letztwillige Verfügungen und insbeſondere letztwillige Freilaſſungen beziehen und keine Ausdehnung zulaſſen [1]).

1) v. Wächter, württ. Priv.-Recht II. S. 695. Anm. 2 und 6.

Der weitere vom Kläger zur Begründung seiner Klage herangezogene Rechtssatz, wornach eine Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung durch den bedingt Verpflichteten verhindert wird, findet nicht bei jeder Verhinderung der Erfüllung durch den bedingt Verpflichteten, sondern nur dann Anwendung, wenn diese Verhinderung in unredlicher Weise geschieht, wenn der bedingt Verpflichtete auf eine dem Sinn des Geschäfts zuwiderlaufenden Weise in den Gang der Bedingung einseitig eingreift [1]). Eine solche Verhinderung kann dem Erblasser der Bekl. nicht zum Vorwurf gemacht werden. Denn damit, daß er den Kläger als Unterhändler zur Vermittlung des Kaufs beigezogen und ihm für diesen Fall eine Provision versprochen hat, hat er diese Vermittlung nicht ausschließlich und unwiderruflich in seine Hände gelegt und sich demselben gegenüber nicht in der Weise gebunden, daß er seinerseits jeder auf Abschließung des Kaufs ohne Vermittlung des Klägers gerichteten Thätigkeit entsagt hätte, und es kann eine solche Entsagung auch nicht daraus, daß die Belohnung des Unterhändlers von dem Zustandekommen des Kaufs abhängig gemacht ist, abgeleitet werden, weil hiedurch dem die Belohnung Versprechenden die Abschließung des bezweckten Kaufs erleichtert, nicht aber derselbe an der Abschließung eines seinem Zwecke entsprechenden Kaufs behindert werden soll. Hat der Erblasser der Bekl., nachdem er das ihm vom Klr. als Ergebnis seiner Bemühungen übermittelte Kaufpreisanerbieten des P. als zu niedrig zurückgewiesen hatte, in der Person des L. einen weiteren Unterhändler aufgestellt, so war er hieran durch die vorangegangene Aufstellung des Klägers nicht gehindert, er hat daher durch die Annahme des von L. veranlaßten Kaufanerbietens weder den Kläger arglistig umgangen, noch sonst dem Sinne seines Provisionsversprechens zuwider gehandelt.

Ist dem Ausgeführten zufolge dem Klr. eine Provision

Savigny, Syst. III. S. 142 bis 148. Windscheid, Pand. I. § 92. Bekker, System II. S. 333.

1) Württ. Archiv Bd. 7. S. 75 f. Bd. 12. S. 215 ff. Bd. 21. S. 243 f.

nur für den Fall der Vermittlung des fraglichen Kaufvertrags zugesagt, ist aber nicht dargethan, daß diese Bedingung eingetreten oder wenigstens als eingetreten anzusehen sei, so erscheint sein auf diese Zusage gestützter Anspruch auf Bezahlung einer Provision von 1% nicht begründet.

Urteil des 1. Senats des O.L.Gerichts vom 5. Februar 1892 in Sachen Schmid c. Michoud.

3.

Kaufmännischer Verpflichtungsschein oder Avis.

Der Gerber Friedrich K. jun. war dem Banquier Louis L. 12 000 M. schuldig. Letzterer drängte auf Zahlung. Um ihn zu beruhigen, überbrachte Friedrich K. jun. demselben am 14. Juni 1890 8000 M. bar und einen von der bekl. Firma E. N. an den Banquier Louis L. gerichteten Brief, welcher lautet: „Stuttgart den 14. Juni 1890. Herrn Louis L. hier. Ich werde Ihnen am Montag für Rechnung des Hrn. Friedr. K. jun., 4000 M. ausbezahlen lassen und zeichne hochachtend E. N." Bei Ueberbringung dieses Briefs hat Friedr. K. jun. dem Kläger mitgeteilt, die bekl. Firma E. N. habe von seinem Vater Friedr. K. sen. den Auftrag erhalten, dem Kläger für Rechnung des Friedr. K. jun. am 16. Juni 4000 M. auszubezahlen. Vor der Auszahlung noch nahm Friedr. K. sen. den der bekl. Firma E. N. erteilten Auftrag zurück, worauf die Auszahlung unterblieb. Friedr. K. jun. kam in Konkurs. Der Kläger nimmt nun die Bekl. aus jenem Brief als einem Verpflichtungsschein in Anspruch auf Zahlung von 4000 M. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Die Bestimmung des Art. 301 Abs. 2 des H.G.B., wonach zur Gültigkeit eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines die Angabe des Verpflichtungsgrundes in demselben nicht erforderlich ist, bezieht sich auch auf die nicht an Ordre lautenden Verpflichtungsscheine, wenn sie im übrigen den in Abs. 1 des

Art. 301 aufgestellten Erfordernissen entsprechen [1]). Dabei ist aber an dem wesentlichen allgemeinen Erfordernis für die abstrakte Skriptur-Obligation des Art. 301 festzuhalten, daß aus dem Wortinhalt der Urkunde als solchem, ohne daß es der Heranziehung anderer aus der Urkunde nicht ersichtlicher Umstände bedarf, erkennbar sein muß, daß der Aussteller sich einem Andern zur Zahlung der genannten Geldsumme oder Quantität sonstiger Fungibilia verpflichten wollte [2]). Ob dieses Erfordernis bei dem Briefe der Bekl. zutrifft, ist eine Frage der Auslegung, welche Sache des Richters ist. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es der Vernehmung von Sachverständigen, auf welche sich Klr. berufen hat, um so weniger, als der Klr. nicht eine bestimmte im Handelsverkehr geltende Gewohnheit oder einen besonderen kaufmännischen Sprachgebrauch, worüber die Sachverständigen gehört werden sollen, bezeichnet hat. Dem Wortlaute des Briefes der Bekl. kann aber mit Sicherheit nicht entnommen werden, daß die Bekl. sich dem Klr. zu der genannten Geldzahlung verpflichten wollte; die Worte: Ich werde Ihnen — ausbezahlen lassen, ermangeln derjenigen bestimmten Erklärung des Verpflichtungswillens, welche bei dem Gebrauche der Präsensform: „Am 16. Juni d. J. zahle ich Ihnen ꝛc." zweifelsohne in dem Briefe zu finden wäre.

Wenn man aber auch die Fassung des Briefes an sich als genügend für den Ausdruck des Verpflichtungswillens ansehen wollte, so würde doch durch die von der Bekl. in erster Instanz vorgetragenen, vom Klr. nicht, insbesondere nach seinen Auslassungen in II. Instanz nicht, widersprochenen, und demgemäß nach § 129 Abs. 2 C.P.O. als zugestanden anzusehenden Umstände widerlegt, daß die Bekl. eine abstrakte Verbindlichkeit dem Kläger gegenüber habe übernehmen wollen. Es ist nicht unzulässig, auf die der Ausstellung der Urkunde zu Grunde liegenden Verhandlungen zurückzugehen. Das H.G.B. Art. 303

1) R.G. Bd. 11. S. 178, Bd. 12. S. 92.
2) vgl. R.G. Bd. 8. S. 35.

Abs. 2 erkennt selbst bezüglich der indossierten Papiere die Zulässigkeit aller Einreden an, welche dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Aussteller und demjenigen, zu dessen Gunsten die Ausstellung erfolgte, entnommen sind. Um so mehr muß es zulässig sein, daß ein in den Verhandlungen, welche bei Abfassung, bezw. Uebergabe des Briefes statthatten, begründeter, die Verpflichtung der Bekl. ausschließender Einwand demjenigen entgegengesetzt werde, an welchen die Bekl. den Brief gerichtet hat, und der nun aus demselben als aus einem Verpflichtungsscheine klagt [1]).

Die Beklagte hatte, wie als zugestanden anzusehen ist, von Fr. K. sen. den Auftrag erhalten, an den Kläger am Montag, 16. Juni 1890, für Rechnung des Fr. K. jun. 4000 M. zu bezahlen, und davon, daß die Bekl. diesen Auftrag erhalten habe, ist der Kläger durch Fr. K. jun., bezw. den Brief der Bekl., den 2c. K. jun. zur Bestätigung seiner mündlichen Mitteilung dem Kläger überbrachte, in Kenntnis gesetzt worden. War, wie man hienach annehmen darf, nur der Beklagten der Auftrag, an den Klr. zu zahlen, nicht auch dem Klr. die Ermächtigung, bei der Bekl. Zahlung zu erheben, von Fr. K. sen. erteilt, so konnte der Klr. in dem Briefe der Bekl. nur die Bestätigung der mündlichen Mitteilung des Fr. K. jun. über den Auftrag erblicken, welchen die Beklagte von Fr. K. senior erhalten hatte und sowenig die Bekl. bei dieser Sachlage gewillt sein konnte, dem Klr. gegenüber eine Verpflichtung zu übernehmen, ebensowenig konnte der Klr. in dem Inhalte des Briefes der Bekl. etwas Anderes, als ein Zeugnis der Beklagten dafür finden, daß die Beklagte den von K. senior ihr erteilten Auftrag diesem gegenüber angenommen habe. Daher war der Kläger mit seiner Klage abzuweisen.

Urteil des I. Senats des O.L.Gerichts vom 5. Dezbr. 1890 in Sachen Nebinger c. Liebmann.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Reichsgericht verworfen.

---

1) vgl. Seuffert, Arch. Bd. 29. Nr. 56. 57.

4.

Auslegung des Versprechens, für alle aus dem Kreditvertrag dem Kreditgeber erwachsenden Ansprüche und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitals als der Zinsen haften und sich dafür verbindlich machen zu wollen, wenn sich der Saldo durch Wechsel, die in Rechnung gegeben werden und mit Protest zurückgehen, erhöhe.

Die klägerische Firma: S. D. N. hat Anfangs März 1889 der Firma: Gebrüder H. in C. einen Kredit bis zu 35 000 M. in laufender Rechnung bewilligt, und die Beklagten haben hiefür in der Urkunde ohne Datum in folgender Weise Bürgschaft geleistet:

„Bürgschafts-Urkunde.

Herr S. D. N. erteilt laut mündlicher Uebereinkunft den Herrn Gebrüder H. einen Kredit bis zu 35 000 M. in laufender Rechnung. Für alle aus diesem Kreditvertrag dem Kreditgeber erwachsenden Ansprüche und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitals als der Zinsen verpflichten sich die Unterzeichneten als Bürgen und Selbstschuldner mit solidarischer Verbindlichkeit unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage und der Teilung, und versprechen, den Gläubiger, falls er von den Schuldnern nicht oder nicht ganz befriedigt werden sollte, aus ihren Mitteln schadlos zu halten.

Sollte sich der Saldo durch Wechsel, die in Rechnung gegeben werden und mit Protest zurückgehen, erhöhen, so sind die Bürgen auch dafür verbindlich.

Die Auflösung dieses Verhältnisses steht beiden Teilen gegen vorausgegangene sechsmonatliche Kündigung zu.

Gebr. M.

Gebr. F.“

Am 28. April 1890 wurde über das Vermögen der Gebr. H. der Konkurs eröffnet. In dem Kontokorrente der Gebr. H. bei der Klägerin war an diesem Tage die Debetmasse der Gebr. H. um 49 609 M. 77 Pf. höher, als die Aktivmasse;

und unter Zurechnung von 5% Zinsen, Provision und Spesen berechnete sich der Debet-Saldo auf 50268 M. 87 Pf. Hieran haben die Bürgen 35000 M. bezahlt, für welchen Betrag die Klägerin unter Vorbehalt ihrer Mehrforderungen bescheinigt hat. Diese den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Mehrforderungen bestehen aus den im Kontokorrent als Debetposten der Kreditnehmerin eingestellten Spesen, Zinsen und Provisionen vom 30. Juni 1889 an, welche aus dem verbürgten Kreditbetrag von 35000 M. im Verhältnis zu den Kreditüberschreitungen berechnet werden, und aus dem Betrage der in der Zeit vom 1. bis 28. April 1890 den Gebr. H. im Kontokorrent zugeschriebenen Wechsel, welche die Klägerin später wieder einlösen mußte, nebst Zinsen und sonstigen Nebenkosten.

Unter teilweiser Abänderung des erstrichterlichen Urteils wurde die Klage abgewiesen.

Gründe:

I. Die klägerische Firma ist, als sie anfangs März 1889 einen Kredit bis zu 35000 M. in laufender Rechnung der Firma Gebr. H. eröffnete, hiemit, wie sie selbst geltend macht und wovon auch die Beklagten ausgehen, in ein eigentliches Kontokorrentverhältnis zu der Firma Gebr. H. getreten.

Die auf gegenseitige Kreditgewährung gerichtete Willensübereinkunft, welche als notwendiges Erfordernis des eigentlichen Kontokorrentverhältnisses zum Unterschied von der laufenden Rechnung aufgestellt wird (R.G. Bd. 22 S. 149 ff.), ergibt sich, so ungleich auch die Kreditgewährung sich verteilte und obwohl die Firma Gebr. H. nie in Vorschuß kam, doch daraus, daß von beiden Teilen Leistungen in Aussicht genommen waren und erfolgt sind, über welche der andere Teil nach seinem Gutdünken zu seinem Vorteil verfügen durfte, und daß erst die durch den periodischen Rechnungsabschluß, bezw. die Schlußrechnung zu ermittelnde Differenz zwischen der Summe der Debet- und der Kreditposten, welche nicht als einzelne geltend gemacht werden sollten, festzustellen hatte, welcher Schuldbetrag aus dem Geschäftsverkehr für den einen oder andern Teil resultiere.

II. Indem die Beklagten für die aus dem Kreditvertrag erwachsenden Ansprüche der Klägerin und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitals als der Zinsen sich verbürgten, haben sie die Zahlung für das Debet der Kreditnehmerin beim Schlusse des Kontokorrentverhältnisses, das insbesondere durch den Konkurs beendigt wird, bis zur Höhe des eingeräumten Kreditbetrags von 35 000 M. übernommen, und zwar gleichviel, ob die einzelnen Debetposten der Kreditnehmerin durch Empfänge derselben an Geldbeträgen bezw. durch Auslagen für dieselbe gebildet werden, oder ob sie auch in Anrechnungen der Kreditgeberin für ihre Kreditgewährung, insbesondere aus Zinsen der übrigen einzelnen Debetposten bestehen. Auch hatten die Beklagten für die Zinsen zu haften, die aus dem Passivsaldo, der beim Kontokorrentschlusse zu Lasten der Kreditnehmerin sich ergab, insoweit er 35 000 M. nicht überstieg, vom Kontokorrent-Schlusse an erwuchsen. Diese Verbindlichkeit ist in dem Satze ausgesprochen: „Für alle aus „diesem Kreditvertrag dem Kreditgeber erwachsenden Ansprüche, „und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitals als der Zinsen „verpflichten sich die Unterzeichneten." Mit den Worten: „Kapital und Zinsen" sind eben der Schlußsaldo, soweit er innerhalb des verbürgten Kreditmaximums sich hält, und die hieraus auflaufenden Zinsen bezeichnet. Auch ist den Bürgen die Einwendung abgeschnitten, daß die Kreditnehmerin mit Zinsen aus den einzelnen Debetposten im Kontokorrent nicht belastet werden dürfe, daß der Kredit unentgeltlich zu gewähren sei. Es folgt aber aus dem in Rede stehenden Satze nicht, was die Klägerin in erster Instanz daraus abgeleitet hat, und auch der vorige Richter für die letzte Periode des durch den Konkurs der Kreditnehmerin beendigten Kontokorrentverkehres hieraus ableitet, daß die Bürgen für einen Saldo bis zum Betrag von 35 000 M. haften, wie dieser sich gestalten würde, wenn als Debetposten der Kreditnehmerin nur Zahlungen an oder für dieselbe, nicht aber auch Zinsen hieraus, Provisionen und Spesen in das Kontokorrent eingestellt werden, also für den sog. Kapitalsaldo, und daß sie daneben haften für

Zinsen und Provisionen aus den in Zahlungen des Bankiers bestehenden Debetposten und für Spesen. Eine solche mit dem Wesen des Kontokorrentverhältnisses, das im Zweifel auch die Vergütung für die Kreditgewährung umfaßt, nicht im Einklang stehende Bestimmung wäre eine ganz außergewöhnliche, und könnte auch darin nicht gefunden werden, wenn besprochen worden wäre, die Bürgen haben über den Betrag von 35 000 M. hinaus zu haften, soweit sich dieser Betrag durch Zinsen, Spesen ꝛc. erhöhe.

III. Im Falle des Kontokorrentschlusses, insbesondere wenn derselbe durch den Konkurs bewirkt wird, können daraus, daß dem Kreditnehmer Wechsel, die der Kreditgeber von ihm erhalten hat, vor dem Eingang derselben im Kontokorrent gutgeschrieben wurden, und daß sich nun nach Beendigung des Kontokorrentverkehrs zeigt, daß die Wechsel nicht honoriert werden, vielmehr der Kreditgeber dieselben wieder einlösen muß, Zweifel darüber entstehen, ob und inwieweit hiefür der Kreditbürge haftet. In dieser Beziehung entspricht dem Handelsverkehr die bei der Gutschrift der Wechsel häufig durch die Klausel: salvo incasso zum Ausdruck gebrachte Anschauung, daß die Gutschrift dann, wenn die Wechsel zurückkommen, durch eine nachträgliche Belastung des Kreditnehmers mit derselben Summe, vermehrt um Zinsen, Provision und dergleichen Nebenkosten, zu denen die Nichtzahlung der Wechsel Anlaß gegeben hat, wieder ausgeglichen werden soll. Die hierin liegende Sicherung sollte der Klägerin zweifellos durch die Klausel gewährt werden: „Sollte sich der Saldo durch Wechsel, „die in Rechnung gegeben werden und mit Protest zurück„gehen, erhöhen, so sind die Bürgen auch dafür verbindlich". Es folgt hieraus, daß, wenn der Schlußsaldo infolge zurückkommender Wechsel sich hinterher erhöht, die Bürgen für diese Erhöhung ebenso haften, wie wenn der Schlußsaldo von Anfang an um den Betrag dieser Erhöhung sich höher berechnet hätte. Es folgt aber hieraus nicht, daß die Bürgen, die für den Schlußsaldo nur bis zum Betrag von 35 000 M. die Zahlung übernommen haben, dann, wenn der Schlußsaldo

durch Retourwechsel über diesen Betrag sich erhöht, über die Maximalgrenze von 35 000 M. hinaus haften. Es kann der Bürge nicht in ungünstigere, der Kreditgeber nicht in günstigere Lage dadurch versetzt werden, daß die Wechsel erst nach dem Schlusse des Kontokorrents zurückkommen, als ihre Lage wäre, wenn die Wechsel vorher zurückgekommen wären und dadurch der Schlußsaldo sich höher berechnet hätte. Nur dann hätte die Klausel praktische Bedeutung gehabt, wenn der für die Zeit des Kontokorrentschlusses berechnete Schlußsaldo weniger als 35 000 M. betragen und erst durch die später zurückgekommenen Wechsel auf diesen Betrag sich erhöht hätte.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 4. März 1892 in Sachen Fellheimer c. Nördlinger.

5.

Ungültigkeit der Ehe wegen Beischlafs-Unfähigkeit eines Teils. Beweis durch körperliche Untersuchung.

Die der evangelischen Konfession angehörigen Parteien haben am 20. September 1890 die Ehe mit einander eingegangen. Nachdem die Ehefrau am 3. November 1890 die eheliche Wohnung verlassen hat, ist vom Ehemann gegen dieselbe Klage auf Ungültigkeit der Ehe erhoben worden, weil sie an einem körperlichen den Beischlaf unmöglich machenden Fehler leide, auch vor Eingehung der Ehe auf Befragen des Klägers bestritten habe, daß sie einen körperlichen Fehler habe. Diese Klage wurde in erster Instanz wegen Mangels der erforderlichen thatsächlichen Begründung abgewiesen.

Gegen dieses Urteil erhebt Kläger die Berufung mit dem Antrag, es möchte seine Ehe für ungültig erklärt werden.

In II. Instanz wurde die klägerische Behauptung näher thatsächlich begründet und eine körperliche Untersuchung der Ehefrau durch einen Arzt und eine Hebamme beantragt. Die Ehefrau weigerte sich entschieden, die Untersuchung vornehmen zu lassen und da auch der Beweis mit andern Beweismitteln,

z. B. Aeußerungen der Mutter der Ehefrau fehlschlugen, wurde die Klage abgewiesen.

Gründe:

Zunächst wird ausgeführt, daß Kläger den Ungültigkeitsgrund zu beweisen habe, daß dieser Grund aber nach dem vorliegenden Material nicht bewiesen sei. Sodann heißt es: Der hienach mangelnde Beweis der Beischlafsunfähigkeit der Beklagten kann im vorliegenden Falle mittels der Anordnung der Vornahme einer Untersuchung der Beklagten durch Sachverständige nicht hergestellt werden. Denn eine richterliche, unmittelbar erzwingbare Verpflichtung einer Partei, die Einnahme eines Augenscheins an der eigenen Person zu dulden, insbesondere sich einer körperlichen Besichtigung zu unterwerfen, besteht nicht [1]). Namentlich ist in dieser Beziehung auch in Ehesachen ein Zwang nur insoweit zulässig, daß gegen eine Partei, welche der Anordnung persönlichen Erscheinens nicht Folge leistet, eine Geldstrafe erkannt und deren zwangsweise Vorführung angeordnet werden kann [2]). Die Beklagte weigert sich aber, ihre Geschlechtsteile einer inneren, von Sachverständigen vorzunehmenden Prüfung zu unterwerfen; das Gericht ist daher darauf beschränkt, in Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung (C.P.O. § 259) bei Entscheidung der Beweisfrage diese Weigerung der Beklagten der Sachlage entsprechend zu berücksichtigen. Diese Weigerung genügt aber nicht, den Beweis zu vervollständigen, auch kann nach Lage der Sache auf einen richterlichen Eid nicht erkannt werden. Sodann wird fortgefahren: Nach dem bisher Ausgeführten ist der Beweis der Beischlafsunfähigkeit nicht erbracht. Es kommt daher in Frage, ob nicht bei dieser Beweislage die Bestimmung der Ehe-Gerichts-Ordnung Tl. II. Cap. 11 § 3, wonach in denjenigen Fällen, in welchen die Impotenz eines Gatten zweifelhaft ist und die Sachverständigen sich über deren Vorhandensein oder Heilbarkeit nicht mit

1) z. B. Gaupp, Commentar, 2. Aufl. Bd. 1. S. 657.
2) C.P.O. § 597 vergl. mit § 345.

Gewißheit auszusprechen vermochten, zunächst eine zweijährige Probezeit angeordnet und erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Probe zur Nichtigkeitserklärung geschritten werden kann, zur Anwendung zu bringen ist. Diese Frage ist zu verneinen. Denn da nach Ehe-Gerichts-Ordnung cit. § 2, falls der volle Beweis der unheilbaren Impotenz durch die Sachverständigen erbracht ist, sofort die Ungültigkeit ausgesprochen, in diesem Falle somit der Beweis der Beischlafsunfähigkeit auch ohne Probezeit geführt werden kann, so bildet die Bestimmung des § 3 cit. über die Probezeit nicht ein Erfordernis der Ungültigkeitserklärung, sondern eine für den Beweis der Beischlafsunfähigkeit aufgestellte Regel. Als solche ist dieselbe durch den § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. außer Kraft getreten, da sie auch durch die Ausnahmsbestimmung des § 16 des Einführungsgesetzes nicht aufrecht erhalten wird [1]).

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 27. Mai 1892 in Sachen Schl. c. Schl.

6.

Scheidung der Ehe wegen Beischlafs eines der Ehegatten mit einem Dritten während der Zeit der Verlobung.

Klägerin klagt gegen den Bekl., der, wie sie selbst, der protestantischen Konfession angehört, auf Scheidung der Ehe dem Bande nach, weil derselbe in der Zeit zwischen Verlobung und Eheschließung (2. Nov. u. 13. Dezbr. 1890) mit seiner Kellnerin Caroline B. geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. Unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils wurde die Ehe der Parteien dem Bande nach geschieden.

Gründe:

Des Bestreitens des Beklagten unerachtet ist als bewiesen anzusehen, daß Bekl. während der Dauer der Verlobung mit

---

1) Gaupp, Commentar, 1. Aufl. Bd. 3. S. 9; Scheuerl, Eherecht, S. 164 f.; Richter, Kirchenrecht, 8. Aufl. § 274 S. 1083.

der Klägerin mit seiner Kellnerin Caroline B. den Beischlaf vollzogen hat. Dies wird des Näheren ausgeführt und sodann fortgefahren: Die im vorliegenden Falle maßgebende Ehegerichtsordnung Tl. II. cap. IX § 5 in Verbindung mit dem Spezialreskript vom 2. Juli 1735 und der Resolution vom 26. Okt. 1739 bestimmt, daß wenn nach Eingehung eines Verlöbnisses der Verlobte (Bräutigam) mit einer dritten Person fleischlichen Umgang hat, die Braut die Scheidung der nachträglich eingegangenen Ehe zu verlangen berechtigt ist [1]).

Diese Bestimmung ist nicht deshalb weggefallen, weil die im früheren Rechte enthaltene mehrfache Gleichstellung des Verlöbnisses mit der Ehe in anderen Beziehungen aufgehoben worden ist [2]). Im Gegenteil weist die Bestimmung des Art. 38 des Gesetzes vom 8. August 1875, welcher von dem neunten Kapitel des zweiten Teils der Ehegerichtsordnung nur die §§ 2 bis 4, nicht auch den in Frage stehenden § 5 für aufgehoben erklärt, auf dessen fortdauernde Geltung hin [3]).

Hienach berechtigt die Klägerin der vom Beklagten mit der Caroline B. nach stattgehabter Verlobung gepflogene geschlechtliche Umgang, welcher nach dem Ausgeführten als erwiesen anzunehmen ist, die Scheidung ihrer Ehe zu verlangen.

Dabei hat man den dem Bekl. zur Last fallenden Treubruch im Urteile als Ehebruch bezeichnet, weil das Gesetz diesen Treubruch dem Ehebruch gleichstellt und das zur Anwendung gebrachte, die fragliche Bestimmung enthaltende neunte Kapitel des zweiten Teils der E.Gr.O. die Ueberschrift: „Von Ehescheidung des Ehebruchs halber" trägt.

Urteil des I. Senats des O.L.Gerichts vom 30. Dezbr. 1892 in Sachen L. c. L.

---

1) Reyscher, Gerichtsgesetze, Bd. 3. S. 118. Anm. 93. Hochstetter, Compendium jur. matr. cap. VII, § 4. Hauber, Recht und Brauch, Bd. 2. S. 135. Derselbe, württ. Eherecht, 2. Aufl. S. 53. Stiegele, Reichsges. über Beurkundung ꝛc., S 33. Lang, Personenrecht, S. 437. 438 Anm. 10.

2) s. Gaupp, Commentar zur C.P.O. 1. Aufl. Bd. 3. S. 10.

3) v. Hauber, cit 2. Aufl Nr. 196.

Ebenso hat der II. Senat des O.L.Gerichts am 18. Febr. 1892 entschieden in Sachen H. c. H.

7.

Böswillige Verlassung seitens einer von ihrem Ehemann mit dessen Einverständnis getrennt lebenden Ehefrau.

Kläger klagt gegen seine, wie er selbst, der protestantischen Konfession angehörige Ehefrau auf Scheidung der Ehe dem Bande nach wegen böslicher Verlassung, indem er geltend macht, die Bekl. sei 1883 ohne seine Einwilligung und ohne sonstigen rechtmäßigen Grund nach Amerika gereist und seitdem, ohne dem Kläger zu schreiben oder sonst Kunde von sich zu geben, somit in der Absicht, die eheliche Verbindung zu trennen, ausgeblieben. Eventuell hat er gegen seine Ehefrau Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben.

Durch das erstrichterliche Urteil ist der Kläger mit beiden Klagen abgewiesen worden. Derselbe erhebt gegen dieses Urteil die Berufung mit dem Antrage, unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils zu erkennen, daß die zwischen den Parteien am 18. Oktober 1870 geschlossene Ehe wegen böslicher Verlassung seitens der Bekl. dem Bande nach zu scheiden, eventuell daß dieselbe schuldig sei, das eheliche Leben mit dem Kläger herzustellen, sowie daß dieselbe die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe.

Die zwischen den Parteien bestehende Ehe wurde wegen böslicher Verlassung seitens der Ehefrau dem Bande nach geschieden.

Gründe:

Nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme ist Bekl. im Juni 1883 von Stuttgart aus, woselbst sie damals getrennt von ihrem Ehemann bei Möbelhändler W. in der Miete wohnte, nach Chicago gereist. Daß dies mit Einwilligung ihres Ehemanns, überhaupt aus einer rechtmäßigen Ursache geschehen sei, dafür fehlen alle Anhaltspunkte. Bekl. hat nämlich da-

mals in Dissidien mit ihrem Ehemann und von demselben getrennt gelebt, und zwar weist der von ihr in ihrer 1880 gegen ihren Ehemann erhobenen Alimentenklage angeführte Grund ihres Getrenntlebens, wonach ihr Ehemann mit der ledigen Amalie L. seit mehr als einem Jahre, wie mit seiner Frau zusammenleben, schon mehrere Kinder mit derselben gezeugt haben, und die Schäftefabrikation gemeinsam mit ihr betreiben solle, darauf hin, sie werde schon damals allen Verkehr mit demselbeu abgebrochen haben. Den Grund ihres Wegzugs hat sodann Bekl. dem Schirmfabrikanten B. nach dessen Zeugnis dahin angegeben, daß sie nicht mehr hier leben möge, auch hat sie nach dem Dafürhalten ihres damaligen Mietsherren W. sich die Mittel zur Reise teils durch ihren Arbeitsverdienst, teils durch den Verkauf ihres Hausrats verschafft. Endlich hat sie seit ihrer Abreise ihrem Ehemann, wie seiner Versicherung unbedenklich zu glauben ist, keinerlei Mitteilung über ihren neuen Aufenthaltsort zukommen lassen. Bei dieser Sachlage ist nicht zu bezweifeln, daß die Bekl. ohne Zustimmung ihres Ehemanns sich von hier aus nach Chicago begeben hat. Hiegegen läßt sich mit Rücksicht auf das vor dem Wegzug der Bekl. nach Amerika im Einverständnis mit dem Kläger stattgehabte Getrenntleben beider Ehegatten nicht einwenden, sie habe im Zeitpunkt ihrer Abreise das fortdauernde Einverständnis des Klägers mit ihrem Wegzug und ihrem Fernbleiben voraussetzen dürfen. Denn es hatte Kläger sich in der Uebereinkunft vom 20. Februar 1878 nur verpflichtet, für die Dauer ihres Getrenntlebens neben Herausgabe ihrer Fahrnis ihr Alimente in der durch diese Uebereinkunft näher bezeichneten Weise zu reichen, und die Verpflichtung, ihr das Getrenntleben für die Dauer, geschweige für immer zu gestatten, in dieser Urkunde nicht übernommen. Wenn ihr aber auch hienach das Getrenntleben bis auf weiteres gestattet war, so konnte sie doch keineswegs hieraus ableiten, daß ihr die Befugnis eingeräumt sei, sich nach Amerika zu begeben, und dort an einem beliebigen Orte ihren Aufenthalt zu nehmen, um so weniger, als die in der Uebereinkunft vom Kläger zugesicherten

wöchentlichen Alimente, sowie die ausdrücklich vereinbarte Fortdauer der Errungenschaftsgesellschaft zur Voraussetzung hatte, daß sie sich in der Nähe ihres Ehemanns aufhalte. Ebensowenig, wie der Inhalt der Uebereinkunft, berechtigte die Bekl. der Umstand, daß Kläger gegen ihr Getrenntleben während der Zeit vor ihrer Abreise nach Amerika nichts eingewendet hat, zur Annahme, er sei auch mit ihrem Wegzug nach Amerika und ihrem dauernden Verbleiben daselbst einverstanden. Für ein solches Einverständnis würde auch nicht sprechen, falls es dem Kläger nach dem Wegzug der Bekl. nicht darum zu thun gewesen sein sollte, ihre Rückkehr herbeizuführen, falls er insbesondere, nachdem er 1886 ihre Adresse durch B. erfahren hatte, statt von dieser Adresse durch Aufforderung derselben zur Rückkehr Gebrauch zu machen, durch Vermittlung des Kopisten H. einen Scheidungsgrund zu ermitteln versucht haben sollte. Vielmehr konnte Bekl. nicht verkennen, daß bis zu ihrem Wegzug immer noch die Möglichkeit der Wiederherstellung des ehelichen Lebens mit dem Kläger vorhanden und letzterer dieselbe jederzeit zu verlangen im Stande war, daß ihm dagegen durch ihren Wegzug nach Amerika, zumal da sie ihm nicht einmal ihre Adresse mitteilte, eine solche Wiedervereinigung geradezu zur Unmöglichkeit gemacht war.

Bekl. hat sich aber nicht bloß in der angegebenen Weise ohne Wissen ihres Ehemanns nach Amerika an einen demselben unbekannten Ort begeben, sie hat auch volle 9 Jahre sich daselbst entfernt gehalten, ohne ihm je während dieser Zeit eine Kunde von sich zukommen zu lassen. Sie hat auch, nachdem ihr die gegenwärtige Klage schon im Januar 1891 mitgeteilt worden ist, seitdem nicht den mindesten Versuch, derselben Widerspruch entgegenzusetzen, gemacht. Diese Umstände lassen mit Sicherheit auf ihre Absicht schließen, nimmermehr zu ihrem Manne zurückzukehren, sich von demselben für immer zu trennen und das eheliche Verhältnis mit demselben gänzlich aufzulösen.

Hat sich hienach Bekl. ohne rechtmäßigen Grund an einen

dem inländischen Richter nicht erreichbaren Ort begeben und ist über ihre Absicht, das eheliche Verhältnis völlig aufzulösen, kein Zweifel, so treffen die sämtlichen Erfordernisse der böslichen Verlassung im Sinne der Ehe-G.O. T. 2 Kap. 13 zu. Demgemäß war die Ehe der Parteien dem Verlangen des Klägers entsprechend dem Bande nach zu trennen.

Urteil des I. Civilsenats des O.L.Gerichts vom 12. Juli 1892 in Sachen K. c. K.

8.

Verschulden eines Vormunds.

Klägerin ist die am 5. Mai 1868 geborene Tochter des am 6. Februar 1878 verstorbenen Weingärtners Gottlob Friedrich Sch. in U. und seiner noch lebenden Ehefrau. Der Beklagte war Pfleger der Klägerin seit dem Tod ihres Vaters bis zu ihrer Volljährigkeit. In dieser Eigenschaft hat er seine Zustimmung dazu gegeben, daß ein in der väterlichen Teilung der Klägerin und deren Bruder zu Eigentum zugewiesener Weinberg im Anschlag von 2000 M., welcher der württemb. Sparkasse und einem Privatier M. verpfändet war, 1882 der allgemeinen Rentenanstalt verpfändet wurde für ein Darlehen von 15 500 M., heimzahlbar in Annuitäten von 929 M. 60 Pf., womit die Forderungen der Sparkasse und des M. getilgt wurden. Ebenfalls 1882 hat Beklagter eingewilligt, daß dieser Weinberg mit zweitem Recht der Witwe M. für ein Darlehen von 4000 M. verpfändet wurde, welches die Mutter der Klägerin aufnehmen mußte, um eine ihr wegen einer Forderung des Fruchthändlers B. in Lindau im Betrag von 2835 M. drohende Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen abzuwenden. Beidemale wurde die gesamte Liegenschaft der Mutter der Klägerin in Anschlag von 28 500 M. mitverpfändet, der Weinberg wurde zu 2500 M. angeschlagen. Der Gemeinderat von U. hat jedesmal die Handlung des Pflegers

genehmigt, dagegen nicht den Fall (gemäß § 118 Hptinstr.) der amtsgerichtlichen Entscheidung anheimgegeben.

Als es im Frühjahr 1886 neuerdings zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen der Mutter der Klägerin kam, stimmte Beklagter mit Genehmigung des Gemeinderats zu, daß der Weinberg aus freier Hand dem Käufer der übrigen Liegenschaft, welcher diese um 19 000 M. erworben hatte, — um 2500 M. mitverkauft wurde. Hievon erhielt die Witwe M. 1807 M., Klägerin 346 M. 88 Pf., um 903 M. 90 Pf. weniger als die Hälfte des (mit Zinsen auf 2501 M. 71 Pf. sich belaufenden) Erlöses.

Nachdem das Amtsnotariat U. anläßlich der Pfandvisitation vom 24. Dezember 1886 ausgestellt hatte, daß die Verpfändung vom Jahr 1882 nicht gemäß § 118 der Hauptinstruktion zum Pfandgesetz der amtsgerichtlichen Entscheidung anheimgestellt worden sei, belangt die Klägerin den Beklagten auf Ersatz dieses Verlustes, indem sie geltend macht, derselbe habe in schuldhafter Weise seine Pflichten als Vormund verletzt, indem er zu den Verpfändungen und dem Verkauf des Weinbergs seine Zustimmung erteilt habe. Der Beklagte hat jedes Verschulden bestritten.

Die Klage wurde abgewiesen. Nachdem ausgeführt worden war, daß durch die Zustimmung zur ersten Verpfändung und zum freihändigen Verkauf die Klägerin in keiner Weise geschädigt worden sei, also aus diesen Handlungen keinen Ersatzanspruch habe, wird in den Gründen weiter bemerkt: Es kann sich somit nur darum handeln, ob die Klage insofern begründet ist, als sie ein Verschulden des Beklagten darin finden will, daß derselbe der Verpfändung des Weinbergs an die Witwe M. zugestimmt hat. In dieser Richtung besteht allerdings kein Zweifel darüber, daß der Verlust an Vatergut, welchen Klägerin erlitten hat, auf diese Verpfändung zurückzuführen ist und daß diese Verpfändung ohne die Einwilligung des Beklagten nicht hätte erfolgen können. Der Beklagte wäre daher für den eingetretenen Schaden ersatzpflichtig, wenn ihm eine leichte Verschuldung zur Last gelegt werden könnte und

er nicht nachzuweisen vermöchte, daß er in seinen eigenen Angelegenheiten ebenso geringe Umsicht walten läßt [1]).

Eine solche Verschuldung des Beklagten will nun Klägerin zunächst darin sehen, daß Beklagter „es unterlassen habe, die Frage der Verpfändung (gemäß § 118 der Hauptinstruktion zum Pfandgesetz) amtsgerichtlicher Beschlußfassung zu unterbreiten, was auch *seine* Sache gewesen wäre." Es will hiemit offenbar gesagt werden, daß bei Beobachtung der Vorschrift des genannten § 118 die Verpfändung unterblieben wäre, weil das Amtsgericht dieselbe nicht genehmigt hätte.

Allein weder kann dem Beklagten aus der Nichteinhaltung der Vorschrift des § 118 der Hauptinstruktion ein Vorwurf gemacht werden, noch ist anzunehmen, daß das Amtsgericht der Verpfändung seine Zustimmung versagt hätte.

1. Der § 30 Abs. 3 der revidierten Vorschriften für Pfleger besagt: „Zu Verpfändung von Pflegegütern ist die Genehmigung der Behörden erforderlich, welche über die Veräußerung solcher Güter (§ 14) zu erkennen hat. (Hauptinstruktion zum Pfandgesetze von 1825 § 130 vgl. mit § 114)". In keiner der hier angeführten Vorschriften ist davon die Rede, daß (bei Nicht-Exemten) unter Umständen die Genehmigung des Amtsgerichts zu einer Verpfändung einzuholen ist, überall ist nur der Gemeinderat (bezw. die waisengerichtliche Deputation) als die zuständige Behörde genannt. Die komplizierten Bestimmungen der §§ 109—118 der Hauptinstruktion brauchte Beklagter *als Vormund* nicht zu kennen und auch in seiner Eigenschaft *als Gemeinderat* kann es ihm nicht als Verschuldung angerechnet werden, wenn er diese verwickelten Bestimmungen nicht kannte oder sie ihm nicht gegenwärtig waren oder er sie unrichtig auslegte. Die Pfandbehörde war nach ihrer Erwiderung auf die Ausstellung des Amtsnotars in Betreff der Verpfändung an die M. der Ansicht, daß für den vorliegenden Fall der § 117, nicht § 118

1) s. revid. Vorschrift für Pfleger § 1. Entsch. d. Obertrib. bei *Tafel* Bd. 1. S. 268. *Lang*, Familienrecht § 103. *Windscheid* § 438 bei und in Note 4a—b.

der Hauptinstruktion zugetroffen habe und daher keine amtsgerichtliche Entscheidung einzuholen gewesen sei, daß also „die Verpfändung durch die Pflicht der Kinder, ihre dürftigen Eltern zu unterstützen, unvermeidlich geboten" war. Diese Ansicht mag unrichtig sein, sie stellt sich aber jedenfalls nicht von vornherein als ganz unhaltbar dar und wenn ein ländlicher Gemeinderat hienach den § 117 der Hauptinstruktion für den vorliegenden Fall der Verpfändung für anwendbar hielt, kann ihm dies nicht verargt werden. Auch die Civilkammer hat ausgesprochen, daß es der Einholung einer amtsgerichtlichen Entscheidung in Betreff der Verpfändung nicht bedurfte, unter Bezugnahme insbesondere auf § 113 der Hauptinstruktion und Art. 20 des Notariatsgesetzes. Ob diese Meinung richtig ist, kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ist hienach soviel sicher, daß die Anwendbarkeit des § 118 der Hauptinstruktion auf den gegebenen Fall keineswegs zweifellos ist und daher aus der Außerachtlassung dieser Vorschrift seitens des Beklagten ein Verschulden desselben nicht abgeleitet werden kann.

Höchst zweifelhaft ist jedenfalls, ob eine im Fall des § 118 Hauptinstruktion ohne Genehmigung des Amtsgerichts vorgenommene Verpfändung ungültig ist, ob nicht der § 118 nur eine instruktionelle Vorschrift enthält, deren Nichtbeobachtung die Gültigkeit der Verpfändung nicht berührt. Wenn daher der von der Klägerin aus der Nichteinhaltung der Vorschrift des § 118 gegen den Beklagten abgeleitete Vorwurf dahin zu verstehen sein sollte, daß Beklagter, als es sich 1886 um den Verkauf des Weinbergs handelte, die Ungültigkeit der vorgenommenen Verpfändung hätte geltend machen sollen, so wäre auch dies unzutreffend: Beklagter durfte von der Gültigkeit der Verpfändung ausgehen, auch wenn für den gegebenen Fall die Einholung amtsgerichtlicher Entscheidung vorgeschrieben, aber unterblieben war.

2. Die Prüfung der Frage, ob anzunehmen ist, das Amtsgericht hätte die Verpfändung des Weinbergs der Klägerin und ihres Bruders für das von der Witwe M. gegebene Dar-

lehen zugelassen, fällt zusammen mit der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen vorlagen, unter welchen eine derartige Verpfändung stattfinden durfte: waren diese gegeben, so ist davon auszugehen, daß auch das Amtsgericht die Verpfändung genehmigt hätte, waren dieselben nicht gegeben, so hätte auch Beklagter nicht in die Verpfändung willigen sollen.

Eine Verpfändung von Vermögensstücken der Kinder zum Besten der Eltern — und um eine solche handelt es sich im vorliegenden Fall — ist nach §§ 117 und 118 der Hauptinstruktion gestattet, einmal wenn die Verpfändung durch die Pflicht der Kinder, ihre dürftigen Eltern zu unterstützen, unvermeidlich geboten ist, sodann aber auch, wenn „zwar der Fall einer unvermeidlichen Notwendigkeit nicht vorhanden" ist, sich aber gleichwohl „dringende Gründe ergeben, aus welchen der Pfleger zur Beistimmung in die Verpfändung — sich geneigt erklärt". Zutreffend giebt Bolley in seinem Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I. S. 131 den Sinn dieser Bestimmung dahin wieder: — „Auch außer dem Fall eines solchen dringenden Bedürfnisses" (wie des in § 117 Hauptinstruktion genannten) „kann eine Verpfändung im Interesse der Eltern sich wohl rechtfertigen lassen, indem mittelbar dadurch, daß für den Wohlstand des Vaters gesorgt wird, gar sehr das Wohl der Kinder selbst befördert werden kann".

Dieser Gesichtspunkt muß namentlich zur Geltung kommen, wenn es sich wie 1882 bei der Mutter der Klägerin — darum handelt, ob das liegenschaftliche elterliche Vermögen zur Zwangsversteigerung gebracht werden soll. Daß bei einer solchen regelmäßig der Anschlag der Grundstücke weit nicht erreicht wird, ist Erfahrungsthatsache; es lag daher sehr im Interesse der Mutter der Klägerin und mittelbar dieser selbst, daß ein solcher Zwangsverkauf womöglich vermieden wurde.

Wenn also Beklagter der Verpfändung des Weinbergs „im Interesse der Erhaltung des gemeinschaftlichen Vermögens" zustimmte, so nahm er damit einen grundsätzlich ganz richtigen Standpunkt ein; eine Verschuldung desselben läge nur vor, wenn er bei vernünftiger Erwägung der Umstände als wahr-

scheinlich hätte voraussehen müssen, daß es trotz der Verpfändung des Vaterguts der Kinder zum Zwangsverkauf der Liegenschaft kommen und dabei dieses Vatergut ganz oder teilweise verloren gehen werde.

Beklagter durfte aber erwarten, daß infolge der Aufnahme des Darlehens bei der Witwe M. ein Zwangsverkauf vermieden werde und die Mutter der Klägerin entweder allmählich ihre Schulden abtragen oder Gelegenheit haben werde, zu günstiger Zeit ihre Liegenschaft aus freier Hand zu höherem Preis als bei einer Zwangsversteigerung zu veräußern.

Dies wird des Näheren dargelegt und weiter bemerkt: Darin allein, daß der Beklagte, wie nachträglich der Erfolg bewiesen hat, die Verhältnisse unrichtig beurteilt hat, kann eine Verschuldung desselben noch nicht gefunden werden. Es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, daß Beklagter irgendwie leichtfertig verfahren ist, daß er die gewissenhafte Erwägung der vorliegenden Umstände unterlassen hat. Wenn er aber — wie nach seiner Erklärung vor dem Gemeinderat von U. anzunehmen ist — nach seinem pflichtmäßigen Ermessen und nach reiflicher Ueberlegung der Meinung war, daß dringende Gründe für Verpfändung des Weinbergs zu Gunsten der Mutter der Klägerin sprachen, so mag diese seine Ansicht unrichtig gewesen sein, aber darin, daß er derselben entsprechend gehandelt hat, kann ein ihn zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden nicht erblickt werden.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 12. Juni 1891 in Sachen Scheef c. Paule.

9.

Erfüllungsort für Entschädigungsansprüche wegen Verlöbnisbruchs.

Die volljährige Klägerin, eine Württembergerin, und der Beklagte, badischer Staatsangehöriger, hatten sich zu Ulm, dem Wohnsitz der verwitweten Mutter der Kln., verlobt und

hiebei — nach der in der Folge erwiesenen Behauptung der Kln. — vereinbart, daß die Trauung in Ulm stattfinden sollte. Der eheliche Wohnsitz sollte unbestrittenermaßen in Karlsruhe, dem Wohnsitz des Beklagten, genommen werden.

Der auf Schadenersatz wegen Verlöbnisbruchs bei dem Landgericht Ulm von der Kln. belangte Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend gemacht und, hiemit durch Zwischenurteil des Prozeßgerichts vom 6. Mai 1891 zurückgewiesen, gegen dieses Urteil die Berufung erhoben. Das Urteil wurde in 2. Instanz bestätigt.

Aus den Gründen:

Die Parteien streiten darüber, ob die Erfüllung des Eheverlöbnisses in dem Eheschließungsakte oder erst in der förmlichen Niederlassung, in dem Zusammenleben der Getrauten am ehelichen Wohnsitz (domicilium matrimonii — fr. 5 de ritu nupt. 23, 2) bestehe. In dieser Beziehung erhebt sich (s. Entsch. des Reichsg. Bd. XXIII. S. 173) die Vorfrage, nach welchem Recht die Streitfrage vorliegend zu entscheiden ist.

Für seine Behauptung, Karlsruhe als der für die künftige Ehe übereinstimmend von den Nupturienten bestimmte Sitz derselben sei der Erfüllungsort für das zu Ulm eingegangene Verlöbnis, stützt sich der Beklagte nicht etwa auf eine spezielle diesbezügliche Bestimmung des an seinem Wohnsitz geltenden (badischen) Rechts [1]). Vom Standpunkt des eigenen Heimatrechts des Beklagten aus müßte also die Frage, worin die Erfüllung eines Eheverlöbnisses besteht, nach allgemeinen, aus dem Rechtsbegriff und Zweck des Verlöbnisses abzuleitenden Gesichtspunkten beantwortet werden, welche (s. insoweit auch die Entsch. des R.G. B. XX. S. 335 ff.) zu keinem andern Resultate führen können, als zu demjenigen, zu welchem man vom Standpunkt des gemeinen, diesbezüglich hier zu Lande und insbesondere auch am Wohnsitz der Klägerin, sei dieser

1) vgl. § 18 des badischen Einf.Ges. zum Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 betr. die Beurkundung des Personenstands und die Eheschließung, Großh. bad. Gesetz- und Ver Blatt 1875 S. 359: „Aus dem Eheverlöbnis findet keine Klage statt".

Ulm oder Langenau [1]), O.A. Ulm, geltenden Rechts aus zu gelangen hat.

Es hat sich denn auch der Beklagte für seine rechtliche Auffassung in Betreff des Erfüllungsorts auf die in Band VII. S. 340 ff. der Entsch. des R.G. mitgeteilte Entscheidung des 3. Civilsenats dieses Gerichts berufen, welche gleich den in dieser Instanz ferner angezogenen Entscheidungen des früheren Obergerichts zu Wolfenbüttel (Seuff. Arch. XX. Nr. 1) und des früheren Obertribunals zu Berlin (Entsch. Bd. 43. S. 53 ff.), sowie des 2. und des 4. Civilsenats des Reichsgerichts (Entsch. Bd. XX. S. 335 ff. und Bd. XXIII. S. 177 und 178 o.) auf der Basis gemeinrechtlicher Erörterungen ergangen sind, wenn gleich die beiden letzterwähnten Entscheidungen formell für das rheinische bezw. preußische Recht erfolgten.

Nicht minder beruft sich die Klägerin für ihre Rechtsansicht in Betreff des Erfüllungsorts auf das gemeine Recht, indem sie die in Band XXIII. S. 172 ff. der Entsch. des R.G. mitgeteilte, gleichfalls vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus ergangene Entscheidung des 6. Civilsenats des R.G. für sich in Anspruch nimmt.

Auch nach dem Standpunkt beider Parteien ist sonach die Frage des Erfüllungsorts für das vorliegende Verlöbnis in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht zu entscheiden. Nach diesem Recht besteht nun aber, wie auch der 3. Civilsenat des Reichsgerichts späterhin anerkannt und desgleichen der 6. Civilsenat ausgesprochen hat — s. Seuff. Arch. Bd. 41 Nr. 21 und Entsch. des R.G. XXIII. S. 176 ff. — die Erfüllung des Verlöbnisses als der „mentio et repromissio nuptiarum futurarum“ fr. 1 de spons. 23, 1 d. h. des gegenseitigen Versprechens, künftig eine Ehe mit einander eingehen zu wollen, nicht im Beginn des ehelichen Zusammenlebens, der communio omnis vitae, sondern in der Vornahme des Akts der Eheschließung („nuptiarum futurarum“), aus

1) L. war der Wohnsitz des † (ehelichen) Vaters der Kln. D. E.

welch' letzterer erst sich die Verpflichtung zur Lebensgemeinschaft der Gatten, bezw. der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens ergibt.

Ist sonach Ulm als Erfüllungsort für das vorliegende Verlöbnis anzuerkennen, so ist daselbst auch, wie der Unterrichter zutreffend bemerkt hat, der Zahlungsort im Sinne des § 29 der C.P.O. für die Entschädigungsansprüche der Kln., mögen diese im übrigen nach diesseitigem oder nach badischem Rechte zu beurteilen sein [1]). Die erhobene Berufung war daher mit der Kostenfolge des § 92 Abs. 1 der C.P.O. zurückzuweisen.

Urteil des 2. Civilsenats des k. Oberlandesgerichts in Sachen W. gegen E. vom 29. Okt. 1891.

10.

Unzulässigkeit der Pfändung des ausbezahlten Arbeitslohns am Tage der Auszahlung.

Wegen einer Forderung von 20 M. hat der Mehlhändler St. bei dem Gerichtsvollzieher zu B. Pfändung gegen den Fabrikarbeiter Paul L. beantragt mit dem Bemerken, daß die Pfändung am Zahltage unmittelbar nach Beendigung der Zahlung, die jeweils am 7. und 21. eines Monats stattfinde, vorgenommen werden solle, weil an diesen Tagen der Schuldner vermutlich im Besitz von Geld sei. Der Gerichtsvollzieher weigerte sich, diese Pfändung vorzunehmen. Das Amtsgericht hat diese Weigerung für begründet erkannt, das Landgericht dagegen dem Gerichtsvollzieher die Vornahme der Pfändung in der beantragten Weise aufgegeben. Auf weitere Beschwerde wurde dieser Beschluß aufgehoben.

Gründe:

Die der Entscheidung des Landgerichts zu Grunde liegende

---

1) Zu vgl. hierüber die mehrfach alleg. Entscheidung des II. Civils. Reichsgerichts, Entsch. Bd. XX. S. 334 und 335. D. E.

Annahme, daß aus der Entstehungsgeschichte und aus dem Wortlaute des Gesetzes vom 21. Juni 1869 nicht entnommen werden könne, daß dieses Gesetz auch auf den bereits ausbezahlten Lohn zu beziehen sei, kann nicht für zutreffend gehalten werden.

Die maßgebende Bestimmung in § 1 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 beruht auf einem Antrag der Kommission des Reichstags, durch welchen der § 1 des Gesetzentwurfs prinzipmäßig abgeändert worden ist. Während der Gesetzesentwurf den Arbeitslohn gegen Beschlagnahme nur insoweit schützen wollte, als derselbe zum notwendigen Unterhalt des Arbeiters erforderlich ist, und zwar ohne Unterschied, ob der Lohn bereits verdient ist, oder nicht, gieng die Kommission des Reichstags von dem Grundsatz aus, daß der ganze Lohn des Arbeiters, soweit derselbe noch nicht verdient oder noch nicht fällig ist, gegen Beschlagnahme zu schützen sei. Nur dann, wenn der Lohn den Charakter als Lohn verliere und in ein Kapital umgewandelt werde, insbesondere wenn er am Zahltage von dem Arbeiter nicht erhoben oder wenigstens nicht gefordert werde, soll der Lohn der Beschlagnahme ebenso unbedingt unterworfen sein, als er derselben vor dieser Zeit unbedingt entzogen ist [1]). Dieser Grundsatz hätte zwar dahin geführt, daß der Arbeitslohn am Tage der Fälligkeit und mit dem Moment seiner Auszahlung mit Beschlag hätte belegt werden können. Die Kommission ist aber davon ausgegangen, daß in diesem Falle das Gesetz den größten Teil seines Wertes verlieren würde, und hat zur Sicherung des Zweckes des Gesetzes, welcher dahin gehe, „zunächst dem Arbeiter den Lohn zu sichern" einen Ausweg darin gefunden, daß statt des Momentes der Fälligkeit oder der Ausbezahlung des Lohnes der Anfangspunkt einer möglichen Beschlagnahme auf den nächsten Tag nach dem die Lohnperiode abschließenden Zahltage festgesetzt wurde. Daß aber hiemit nicht nur die am Zahltage bestehende Lohnforderung, sondern auch der an

1) Bezold, Gesetzgebung des deutschen Reichs Bd. I. S. 109.

diesem Tage von dem Arbeiter erhobene Lohn bis zum nächstfolgenden Tage gegen Beschlagnahme geschützt werden wollte, das wird neben dem Inhalt des Komissionsberichts[1]) durch die Aeußerung des Abgeordneten Lasker als Berichterstatters im Plenum des Reichstags in ganz direkter Weise bestätigt, indem derselbe, ohne irgend welchen Widerspruch zu erfahren, die Absicht der Kommission und den Sinn ihres vom Reichstag angenommenen Antrags dahin erläuterte, daß der erhobene Lohn auch nicht bei dem Arbeiter mit Beschlag belegt werden dürfe, ehe der Tag abgelaufen, an welchem die Zahlung bewirkt worden ist[2]).

Durch die Annahme des Kommissionsantrags zu § 1 des Gesetzes:

> „die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w.) für Arbeiten oder Dienste ꝛc. — darf erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Arbeit oder Leistung der Dienste erfolgt, und nachdem der Tag abgelaufen ist, an welchem die Vergütung zu entrichten war"

ist daher nicht nur die Beschlagnahme der bis zur Ausbezahlung der Vergütung bestehenden Lohnforderung, sondern auch des dem Arbeiter ausbezahlten Lohnes vor Ablauf des Zahltags ausgeschlossen worden. Wenn daher auch nicht zu bezweifeln ist, daß das Gesetz zunächst die noch nicht fälligen Lohnforderungen gegen Beschlagnahme schützen wollte, so ergiebt sich doch aus den erwähnten Verhandlungen, daß dieser Schutz auch auf den ausbezahlten und vom Arbeiter erhobenen Lohn bis nach Ablauf des Verfall- und Zahlungstages ausgedehnt worden ist, und es kann das Wort „Vergütung" welches nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eben sowohl ein bereits empfangenes Geldäquivalent, als eine noch bestehende Forderung bedeuten kann, nicht in dem Sinne verstanden werden, daß damit ausgedrückt worden ist, es solle

1) vgl. die Stenogr. Berichte des Reichstags v J. 1869 Bd. III. S. 587.

2) Stenogr. Berichte Bd. II. S. 910 u. 912.

nur die noch nicht erhobene Lohnforderung gegen Beschlagnahme geschützt werden.

Diese vom Reichstage bei der zweiten Lesung des Gesetzes angenommene Bestimmung ist auch durch die bei der dritten Lesung erfolgte nachträgliche Annahme des Schlußsatzes des § 1 des Gesetzes:

„ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat"

nicht aufgehoben worden. Denn es ergiebt sich aus den Verhandlungen des Reichstags [1]), daß durch den erwähnten Beisatz nur eine Lücke in der von der Kommission formulierten Fassung des § 1 ergänzt, und der Schutz gegen Beschlagnahme auch auf solche Lohnforderungen ausgedehnt werden wollte, welche der Arbeiter am Zahltage gefordert, aber nicht erhalten hat.

Wenn aber hienach die Entstehungsgeschichte des § 1 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 unzweifelhaft ergiebt, daß nicht nur die Pfändung einer Vergütungsforderung, sondern auch die Pfändung einer ausbezahlten Vergütung nach diesem Gesetz erst dann zulässig ist, nachdem der Tag, an welchem die Vergütung zu entrichten war, abgelaufen ist, so kann diese Bestimmung auch durch die C.P.O. nicht als aufgehoben erachtet werden. Die C.P.O. enthält in § 749 Nr. 1 die ganz allgemeine Bestimmung:

der Pfändung sind nicht unterworfen 1) der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869.

Nun steht zwar der § 749 der C.P.O. in dem Abschnitte, welcher über die Zwangsvollstreckung in Forderungen handelt, während der erhobene Lohn nicht mehr eine Forderung, sondern nur eine im Besitz des Arbeiters befindliche bewegliche Sache darstellt, und es ist in § 715 der C.P.O., in welchem die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen aufgeführt sind, auf die Bestimmung des Gesetzes vom 21. Juni 1869 nicht Bezug genommen. Allein da der § 749 ganz allgemein

1) Stenogr. Berichte Bd. II. S. 980.

und ohne jede Einſchränkung auf die Beſtimmungen des Geſetzes vom 21. Juni 1868 Bezug nimmt, ſo kann aus dieſer Stellung des § 749 der C.P.O. allein und in Ermanglung jedes ſonſtigen Anhaltspunktes, insbeſondere ohne daß auch nur bemerkt oder motiviert worden iſt, daß und warum dies geſchehen ſei, nicht entnommen werden, daß die erwähnte Beſtimmung in § 1 des Geſetzes vom 21. Juni 1869, wonach auch der ausbezahlte Lohn vor Ablauf des Zahltags der Pfändung nicht unterworfen iſt, aufgehoben werden wollte und aufgehoben worden iſt.

Beſchluß des II. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 14. Juli 1892 in Sachen Stadler c. Linder.

11.

Kann der Pfandgläubiger im Falle der freiwilligen Veräußerung des Unterpfands ſofortige Befriedigung einer betagten Pfandforderung verlangen, oder muß ſich derſelbe damit begnügen, daß das Unterpfandsrecht von dem neuen Erwerber in dem ſeitherigen Umfang übernommen wird.

Der Verkäufer eines Hauſes hatte von dem Käufer desſelben noch 17600 M., in 29 Jahreszielern von 1892 bis 1920 zahlbar, zu fordern, für welche das Unterpfand mit drittem Recht auf dem verkauften Hauſe eingetragen iſt. Als der Käufer das Haus weiter veräußerte, verlangte der Pfandgläubiger bare Befriedigung aus dem Angeld. Er berief ſich auch auf Art. 95 des Pfandgeſetzes und die Verſchlimmerung der Lage, in welche der Pfandgläubiger durch die Veräußerung gerate. Das Verlangen wurde als ungegründet erachtet.

Gründe:

Mit Recht hat die Civilkammer angenommen, daß im Fall der freiwilligen Veräußerung des Pfandobjekts durch den Eigentümer der Pfandgläubiger nicht berechtigt iſt, für eine nicht fällige Pfandforderung bare Befriedigung aus dem Erlöſe zu beanſpruchen, wenn das Pfandrecht für die betagte oder

befristete Pfandforderung, wie im vorliegenden Fall geschehen ist, auf den neuen Erwerber des Unterpfands übertragen wird. Diese Entscheidung stimmt mit der Entscheidung der Civilkammer des vormaligen Obertribunals vom 17. November 1870 überein und es wird hier auf die Gründe zu derselben, welche in dem württ. Gerichtsblatt Band 4 S. 150 ff. mitgeteilt sind, Bezug genommen.

Wenn in der Beschwerde geltend gemacht wird, es sei hiebei der Art. 95 des Pf.Ges. nicht beachtet, so ist hierauf zu bemerken, daß dieser Artikel, welcher im allgemeinen bestimmt, was der Verpfänder und dritte Besitzer des Pfandobjekts von dem Erlös aus demselben anzusprechen hat, auf die vorwürfige Frage keinen Bezug hat. Sodann kann dem Beschwerdeführer zugegeben werden, daß der Pfandgläubiger ein Interesse daran haben kann, daß der persönliche Schuldner im Besitze des Pfandobjekts bleibt. Allein dieses mögliche Interesse würde es nicht rechtfertigen, die Veräußerung des Unterpfands durch den Eigentümer in der Weise zu erschweren, wie die Beschwerde will. Hat der Gläubiger ein besonderes Interesse daran, daß das Pfandobjekt nicht an einen dritten Besitzer komme, so kann er sich durch die vertragsmäßige Bestimmung sichern, daß er für den Fall der Veräußerung des Unterpfands um seine Forderung bar zu befriedigen sei. Im übrigen ist aber der Pfandgläubiger durch die Bestimmung des Art. 52 des Pf.Ges. in Verbindung mit Art. 23 der Novelle vom 13. November 1855 geschützt, wonach er im Falle der Verschlimmerung der Substanz des Unterpfands, wenn die Sicherheit nicht ergänzt wird, vor der Verfallzeit Zahlung verlangen kann.

Beschluß des I. Civilsenats des O.L.Gerichts vom 30. Dezember 1892 in der Beschwerdesache des Fried. Kull in Stuttgart.

12.

Pflicht zur Anmeldung der Firma zum Handelsregiſter ſeitens eines Gewerbetreibenden.

Das Amtsgericht zu U. hat den Holzwarenfabrikanten Adolf S. in U. in eine Geldſtrafe verfällt, weil derſelbe ſeine Firma trotz Aufforderung zum Handelsregiſter nicht angemeldet hat.

Die Handels- und Gewerbekammer zu R. hatte ſich dahin ausgeſprochen, daß S. anmeldepflichtig ſei, weil ſein Geſchäftsbetrieb über den Umfang des Handwerksbetriebs hinausgehe. Erhoben wurde:

S. hat das Schreinergewerbe erlernt, dagegen nicht die kaufmänniſche Buchführung. Er führt nur ein ſog. Tagebuch, in welchem er ſeine täglichen Notizen macht und die Ausgaben einträgt, und noch ein ſog. Verſandbuch. In ſeinem Geſchäft beſchäftigt er durchſchnittlich 8 Arbeiter. Er verwendet eine Waſſerkraft von 5—6 Pferdeſtärken und treibt damit einige Sägen, eine Bohr- und eine Schneidmaſchine. Im weſentlichen arbeitet er für eine Firma. Sein Geſchäftsumſatz beträgt ungefähr 15 000 M., er überläßt der Handwerkerbank jährlich etwa für 10 000 M. Kundenwechſel. Eingeſchätzt iſt derſelbe mit einem Steuerkapital von 1595 M. und die Steuer beträgt 56 M. Hiebei wurde ein perſönlicher Arbeitsverdienſt von 2900 M. und ein Betriebskapital von 1200 M. zu Grunde gelegt. Das übrige ergiebt ſich aus den Gründen.

Die Strafe wurde aufgehoben.

Begründung:

Zweifellos betreibt der Beſchwerdeführer gewerbsmäßig Handelsgeſchäfte, und er iſt alſo Kaufmann im Sinne des Art. 4 des H.G.B., denn er ſchafft gewerbsmäßig Holz an, um es, zu Küchengeräten verarbeitet, weiter zu veräußern. Anders verhält es ſich mit der Frage, ob auf ihn die Beſtimmungen des Handelsgeſetzbuchs über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura Anwendung finden, ob er nicht zu den

in Art. 10 des H.G.B. bezeichneten Personen gehört, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebs hinausgeht. Diese Frage ist der Beurteilung des Richters im einzelnen Falle überlassen. In dieser Beziehung kommt insbesondere in Betracht: der Beschwerdeführer, der das Schreinerhandwerk erlernt und dasselbe von 1873 an teils allein, teils mit einem Gesellen und einem Lehrling betrieben hat, erkaufte im Jahr 1885 die von dem Holzdreher St. im Jahr 1879 eingerichtete Dreherei, in welcher er unter Beihilfe von wenigen Arbeitern Küchengeräte, speziell Salztennen und Rolltischdecken aus Holz herstellt. In der Betriebsstätte befinden sich wenige maschinelle Einrichtungen, zu deren Betrieb eine geringe Wasserkraft, wie der Kaufmann L. sagt, von 5—6 Pferdekräften, verwendet wird. Der Beschwerdeführer arbeitet, wie der Gemeinderat bezeugt, den Tag über nach Art eines Handwerkers mit, wobei er als Schreiner und Polierer thätig ist. Bezüglich des Absatzes seiner Arbeiten ist er, wie er anführt, vertragsmäßig, jedenfalls aber thatsächlich, soweit es sich nicht um minderwertige sog. Ausschußware handelt, auf ein, ausnahmsweise auf zwei Stuttgarter Holzwaren- bzw. Küchengerätehandlungen beschränkt. Wenn auch sein Umsatz höher sein mag, als bei manchem im Handelsregister eingetragenen Kaufmann, bei dem die Bestimmungen des Art. 10 des H.G.B. nicht in Frage kommen, so ist doch weder sein Betriebskapital noch sein persönlicher Arbeitsverdienst so bedeutend, und auch die Größe und Art der gewerblichen Anlage nicht von solchem Umfang, um einen Großbetrieb annehmen zu können.

Wenn der Beschwerdeführer auch an seinem Anwesen in auffälliger Größe die Aufschrift: Holzwaren*fabrikation* (wohl zur Reklame, um Hausierer ꝛc. zum Einkauf anzuziehen) angebracht hat, und sich Holzwarenfabrikant nennt, so gelangt man doch bei genauer Prüfung und Abwägung der vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse zu der Anschauung, daß sein Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebs hinausgeht. Es ist deshalb die amtsgerichtliche Entscheidung außer Wirkung zu setzen.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 23. Dez. 1892 in der Beschwerdesache des Schreinermeisters A. W. S. in U.

13.

1. **Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber einer wider den Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft erhobenen Wechselklage, wenn die Klage aus dem Wechsel gegen die offene Handelsgesellschaft noch anhängig ist.**
2. **Einrede des Betrugs, gestützt darauf, daß der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft den eingeklagten Wechsel für eine Privatschuld auf den Namen der Gesellschaft acceptiert habe.**

Zwischen dem Metallgießer Max E. und dem Eisendreher Jakob F. in G. bestand eine offene Handelsgesellschaft zum Betrieb einer Metallgußfabrik unter der Firma E. und F. seit dem 1. Januar 1891. Das Recht zur Zeichnung und Vertretung der Firma stand nur dem Gesellschafter Max E. zu. Am 1. Febr. 1892 löste sich die Gesellschaft infolge Austritts des Max E. auf, und es gieng das Geschäft mit sämtlichen Aktiven und Passiven auf Jakob F. als Alleininhaber über.

Am 25. September 1891 hatte der Gesellschafter Max E. einen Wechsel über 500 M. auf die Metallgußfabrikanten E. und F. in G. gezogen und denselben unter der Firma E. und F. acceptiert, auch durch Blankoindossament an die Brüder G. und F. Schm. in G., denen er für die Zimmerarbeit an einem zu seinem Privatvermögen gehörigen Wohnhaus eine größere Summe schuldete, übertragen. G. und F. Schm. girierten den Wechsel weiter an das Bankhaus G. U. Sch. in G., welches denselben mangels Zahlung bei Verfall protestieren ließ. Dieses Bankhaus erhob nun auf Grund des protestierten Wechsels Klage gegen die Firma E. und F., den Fabrikanten Max E. und G. und F. Schm. und erwirkte gegen die beiden letzteren ein Versäumnisurteil, wogegen das Verfahren gegen die Firma E. und F. ruhen blieb. G. und F.

Schm. haben den Sch. befriedigt und den an sie ausgefolgten Wechsel an den jetzigen Kläger Werkmeister F. weiter giriert, der gegen den jetzigen Bekl. Jakob F. als persönlich haftenden Teilhaber der Firma E. und F. Wechselklage erhob. Dieser Klage wurde von dem Bekl. die Einrede der Rechtshängigkeit und des Betrugs, deren Begründung sich aus dem Folgenden ergiebt, entgegengehalten. Beide Einreden wurden von dem Oberlandesgericht aus nachstehenden Gründen verworfen:

1) Die der Klage entgegengehaltene Einrede der Rechtshängigkeit, welche darauf gestützt wird, daß der streitige Wechsel von G. U. Sch. gegen den Bekl. unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft, welche zwischen diesem und Max E. bestanden habe, E. und F., eingeklagt worden und der Prozeß gegen diese Firma noch anhängig sei, der Kl. aber als Nachindossatar des Sch. sich aus dessen Person die Einrede der Rechtshängigkeit gefallen lassen müsse, ist vom vorigen Richter mit Recht verworfen worden.

Diese Einrede setzt voraus, daß die Parteien in dem zuerst anhängig gemachten Rechtsstreit die gleichen sind, wie in dem neuen Prozeß, und daß in beiden Prozessen es sich um dieselbe Streitsache handelt. Im vorliegenden Fall liegt nun jene Identität der Parteien nicht vor.

Im früheren Prozeß ist als Wechselkläger G. U. Sch. aufgetreten, während in dem vorliegenden Rechtsstreit der Werkmeister F. Wechselklage erhebt. Der letztere ist nun zwar Nachindossatar der G. und F. Schm., der Vormänner des G. U. Sch., im Sinn des Art. 16 Abs. 2. W.O. Dagegen sind G. und F. Schm. nicht etwa Nachindossatare von G. U. Sch. in dem gedachten Sinn, sondern sie sind nur durch Einlösung des Wechsels in dessen Besitz gekommen, nicht auf Grund eines Indossaments des G. U. Sch.

Hienach muß sich der Kl. nach dem cit. Artikel zwar Einreden aus der Person seiner Nachindossanten G. und F. Schm., deren Rechte er geltend macht, aber nicht auch Einreden aus der Person des G. U. Sch., von welchem der Kl. sein Recht zur Erhebung der Wechselklage nicht ableitet, gefallen lassen,

so wenig als solche Einreden einer Wechselklage der G. und F. Schm. entgegenstehen würden.

Desgleichen ist die in dem noch anhängigen Wechselprozeß belangte offene Handelsgesellschaft E. und F. nicht identisch mit dem im jetzigen Prozeß belangten Bekl. Zwar wirkt das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene rechtskräftige Urteil insofern auch gegen jeden Teilhaber derselben, als nach Art. 112 H.G.B. die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften, also auch auf Grund eines gegen die letztere erlassenen Urteils, und es hat die Einrede der Rechtshängigkeit, wie die Motive zu § 235 C.P.O. (Hahn, Mat. II, 259) bemerken, denselben Umfang, wie die exceptio rei judicatae. Allein dies gilt, wie sich aus der Bezugnahme auf den § 253 des Entwurfs (§ 293 des Ges.) an der angeführten Stelle der Motive ergiebt, abgesehen von dem Fall des § 236 Abs. 3. C.P.O., nur bezüglich des objektiven Umfangs, also bezüglich der Identität der Streitsache. Dagegen erstreckt sich die Einrede der Rechtshängigkeit nicht auf solche Personen, denen gegenüber das Urteil, welches in dem früheren Prozeß ergehen würde, nur materielle, nicht auch prozessuale Rechtskraft hätte [1]).

Nun sind die durch die Firma der offenen Handelsgesellschafter repräsentierten mehreren Teilhaber derselben und die Person des einzelnen Gesellschafters nicht identisch. Es hat daher auch das R.O.H.G. sowohl, als das R.G. mit Recht ausgesprochen, daß das gegen die offene Handelsgesellschaft ergangene rechtskräftige Urteil keine prozessuale Rechtskraft gegen den einzelnen Gesellschafter habe, d. h. gegen diesen nicht vollstreckt, sondern auf Grund jenes Urteils zum Zweck der Ermöglichung der Zwangsvollstreckung nur die actio judicati erhoben werden könne [2]).

1) Plank, Lehrb. des Civilproz. I, 274 bei und in Not. 20, Seuffert, Komm. 4. A. S. 296 Anm. 3, I, Reincke, C.P.O. S. 227, Gaupp, Komm. 2. A. I, 464.

2) Entsch. des R.O.H.G. VI, 416, XX, 180, Entsch. des R.G. XIII, 97 und in Seufferts Archiv XXXVI, Nr. 57.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich auch aus der Vorschrift des § 671 C.P.O., daß die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil nur beginnen darf, wenn die Personen, gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel *namentlich* bezeichnet sind.

2) Die der Klage entgegengesetzte weitere Einrede des Betrugs wird darauf gegründet, daß der Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft E. und F., M. E., auf den Namen dieser Gesellschaft den eingeklagten Wechsel gegenüber den Zimmerleuten G. und F. Schm., an welche er denselben begeben hat, für eine Privatschuld acceptiert habe, daß G. und F. Schm. den E. hiezu veranlaßt haben, damit sie sich wegen der Privatschuld desselben auch an den Mitgesellschafter F. halten können, und daß somit G. und F. Schm. gewußt haben, daß E. bei Acceptierung des Wechsels seine Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, zu seinem Privatvorteil mißbrauche, und daß der Kläger die hienach gegen seine Nachindossanten G. und F. Schm. begründete Einrede des Betrugs nach Art. 16. Abs. 3. W.O. auch gegen sich gelten lassen müsse.

Nach Art. 114 H.G.B. ist nun aber ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter zur Vornahme von allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft befugt und hat eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis nach Art. 116 Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung, weshalb letztere nicht verpflichtet sind, sich darüber zu erkundigen, ob der geschäftsführende Gesellschafter im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern die Vertretungsbefugnis überschreite. Der geschäftsführende Gesellschafter darf daher in seinem Verhältnis nach außen auch solche Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vornehmen, welche nur in seinem Privatinteresse gelegen sind, und es macht sich derselbe hiedurch nicht ohne weiteres einer Verletzung seiner Pflichten gegen die Gesellschaft schuldig. Denn er kann, wenn er z. B. das Vermögen der Gesellschaft, wie dies im vorliegenden Fall zutrifft, zu gunsten einer Privatschuld belastet, eine Forderung gegen die Gesellschaft haben oder von dem ihm nach Art. 108

Abs. 2. H.G.B. zustehenden Recht Gebrauch machen oder mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der Mitgesellschafter handeln, wobei in Betracht kommt, daß letztere ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Kredits ihres Gesellschafters haben können. Dies ergiebt sich auch aus der Bestimmung des Art. 125 Z. 4 H.G.B., wonach die Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen werden kann, wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht, nicht aber schon dann, wenn er sie zu solchen gebraucht. Die bloße Kenntnis des mit dem geschäftsführenden Gesellschafter kontrahierenden Dritten, daß der erstere in seinem eigenen Interesse Namens der Gesellschaft handle, ist daher zur Begründung der Einrede des Betrugs seitens des Mitgesellschafters gegenüber dem dritten Kontrahenten nicht geeignet. Diese Einrede kann nur dann geltend gemacht werden, wenn der geschäftsführende Gesellschafter eine Handlung im Namen der Gesellschaft zur Wahrung seines Privatinteresses vornimmt in der Absicht, die Gesellschaft zu schädigen, und wenn dies dem dritten Kontrahenten bei Abschluß des Geschäfts bekannt ist [1]).

Da nun der Bekl. besondere Umstände nicht dargelegt hat, aus welchen sich entnehmen ließe, daß der Gesellschafter E. bei der Acceptierung des eingeklagten Wechsels namens der Gesellschaft zum Zweck der Deckung einer Privatschuld die Absicht, die Gesellschaft hiedurch zu schädigen, gehabt, und daß die Nachindossanten des Kl., G. und F. Schm., diese Absicht bei der Begebung des Wechsels an sie gekannt haben, so ist obige Begründung der Einrede des Betrugs nicht schlüssig. Es hat der Bekl. insbesondere auch die Behauptung des Kl. nicht zu widerlegen vermocht, daß G. und F. Sch. damals haben annehmen können, E. sei behufs Ausgleichung eines Guthabens an die Gesellschaft berechtigt gewesen, die Wechselverpflichtung für die letztere einzugehen.

1) Entsch. des R.O.H.G. V, 297, VI, 134, VII, 404, IX, 431, XIX. 335, Entsch. des R.G. IX, 148, Thöl, Handelsrecht 6. A. I, 327, Hahn, Komm. I zu Art. 116 § 7.

Es war daher die Einrede des Betrugs wegen mangelnder thatsächlicher Begründung zu verwerfen.

Urteil des II. Sen. des O.L.Gerichts vom 16. Februar 1893 in Sachen F. gegen F.

14.

Vermächtnisvertrag oder unverbindliche Versicherungen?

Die Klägerin war viele Jahre im Dienste der Beklagten. Am 1. März 1891 wurde sie entlassen.

Sie verlangt 1) Feststellung, daß zwischen ihr und der Beklagten 1884 ein Vermächtnisvertrag dahin abgeschlossen worden sei, daß Klägerin aus dem Nachlaß der Beklagten 5000 M. und eine vollständige Zimmereinrichtung, wie Beklagte sie besitze, bezw. einen Geldbetrag erhalte, der ihr ein sorgenfreies Alter sichere;

2) Fortbezahlung ihres Lohns mit 7 M. monatlich und einer Entschädigung für Kost und Wohnung mit 30 M. monatlich, solange Klägerin nicht einen passenden Dienst gefunden habe;

3) eventuell — falls eine Vereinbarung der Parteien mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt nicht für erwiesen angenommen würde — Bezahlung von 2037 M. nebst 5% Zinsen seit der Klagzustellung als Entschädigung dafür, daß sie auf Grund der Vorspiegelungen der Beklagten über ihre künftige Versorgung sich habe bestimmen lassen, der Beklagten 7 Jahre um unverhältnismäßig geringen Lohn bei ungenügender Kost zu dienen.

Die Klage stützt sich auf folgende Behauptungen: im Mai 1884 habe Beklagte der Klägerin eine Vereinbarung dahin vorgeschlagen, sie solle, so lange Beklagte lebe, bei ihr im Dienst bleiben und sie verpflegen, wogegen Beklagte, solange sie lebe, die Klägerin in freier Kost und Wohnung bei sich behalten und durch letztwillige Verfügung so für sie sorgen werde, daß sie nachher sorgenlos leben könne. Diesen Vor-

ſchlag habe Klägerin angenommen. Einige Zeit darauf habe Klägerin der Beklagten erklärt: wenn ihr Beklagte nicht ein ſchriftliches Verſprechen gebe, daß ſie ihr eine zum Lebensunterhalt ausreichende Summe hinterlaſſe, oder dieſes oft gegebene Verſprechen durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung alsbald erfülle, gehe ſie wieder fort; Beklagte habe erwidert: „ſie werde ihr feſtes Verſprechen, für Klägerin zu ſorgen, halten und ſofort ein Teſtament machen.“ Beklagte habe dann kurz darauf ein Teſtament errichtet und der Klägerin geſagt: „So jetzt hab' ich mein Verſprechen erfüllt; ich hab' dir 5000 M., Zimmereinrichtung und Leibweißzeug vermacht, nun bleibſt du aber bei mir, ſolange ich lebe; ich kann dir zwar von jetzt an nur 7 M. monatlich geben, doch erhältſt du ja freie Koſt und Wohnung, ſolang ich lebe, und kannſt alſo auskommen, nach meinem Tod biſt du ja verſorgt.“ Klägerin habe ſich mit allem einverſtanden erklärt und verſprochen, bei der Beklagten ihr Leben lang zu bleiben. Beklagte habe nun aber auf 1. März 1891 die Klägerin ohne Grund aus dem Dienſt entlaſſen und ihr Teſtament abgeändert. Die Beklagte wurde zur Bezahlung von 700 M. an die Klägerin verpflichtet. Mit der Mehrforderung wurde dieſe abgewieſen.

Gründe:

I. Wenn man auch die rechtliche Möglichkeit eines Vermächtnisvertrags anerkennt [1]) und weiter davon ausgeht, daß nach württ. Recht ein ſolcher formlos, folglich auch mündlich, abgeſchloſſen werden kann, ſo iſt doch andererſeits ſicher, daß der Begriff des Vermächtnisvertrags Laien nicht geläufig iſt, wie der des Teſtaments und des teſtamentariſchen Vermächtniſſes. Wenn daher einer Perſon nur mündlich die Zuſage erteilt wird, derſelben etwas hinterlaſſen zu wollen, ſo kann hierin im Zweifel keine Bindung des Willens, ſondern nur eine unverbindliche Zuſicherung gefunden werden. Man erklärt ſehr

1) ſ. u. a. Stobbe, Deutſch. Priv.R. V, § 312, Stein-Hohl, Zuſatz zu § 151. Entw. eines bürg. Geſ.B. § 1962 und Motive hiezu, ſowie Motive V, S. 312, Urteil d. 2. Civil-S. d. O.L.G. v. 10. Juni 1880 Eiſele c. Schuler.

häufig im Leben, daß man etwas thun wolle, ohne daß man damit beabsichtigt, sich irgend eine rechtliche Verbindlichkeit aufzulegen.

Der vorige Richter hat daher mit Recht entgegen der Auffassung der Klägerin in der angeblichen Unterredung der Parteien vom Mai 1884 den Abschluß eines Vermächtnisvertrags nicht erblickt. Wenn Beklagte hier der Klägerin erklärte: „Ich werde für dich sorgen", so kann dies mindestens ebenso gut heißen: „Ich beabsichtige für dich zu sorgen" als: „Ich verpflichte mich, für dich zu sorgen." Dafür, daß Beklagte diesen Ausdruck im Sinn einer Verpflichtung gebraucht hätte, spricht nichts; gegen diese Auffassung spricht die Unbestimmtheit der Zusicherung, für die Klägerin so zu sorgen, daß sie sorgenlos leben könne. Wer eine derartige Zusicherung giebt, will regelmäßig nicht einen klagbaren Anspruch auf angemessene Versorgung einräumen, so daß schließlich das Gericht darüber zu entscheiden hätte, was hiezu gehört; er behält sich vielmehr selbst die Bestimmung der Höhe der zu gewährenden Zuwendung vor: damit ist aber eben gesagt, daß vor der Festsetzung des Betrags dieser Zuwendnng eine klagbare Verpflichtung nicht besteht. Die angebliche Annahme des von der Beklagten gemachten Vorschlags durch die Klägerin konnte einen Vertrag nicht erzeugen, wenn der Vorschlag kein Vertragsangebot enthielt; jene „Annahme" konnte auch ganz wohl nur bedeuten, daß Klägerin sich bereit erklärte, in der Hoffnung auf künftige letztwillige Bedenkung durch die Beklagte derselben weiter zu dienen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, daß Beklagte aus der Annahme ihres Vorschlags durch die Klägerin ersehen mußte, daß letztere ein Vertragsanerbieten anzunehmen gemeint sei, und das eigene Verhalten der Klägerin beweist, daß sie selbst nicht der Meinung war, als habe sie jetzt einen rechtlich erzwingbaren Anspruch darauf, daß sie nach dem Tod der Beklagten eine Geldsumme oder eine Rente erhalte, welche ihr ein sorgenfreies Dasein sichere. Denn indem sie einige Wochen später (angeblich) der Beklagten erklärt hat: sie gehe wieder fort, wenn ihr Beklagte nicht ein schriftliches Verspre-

chen hinſichtlich der zugeſicherten Verſorgung gebe oder ihr Verſprechen durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung alsbald erfülle, — hat ſie unzweideutig zu erkennen gegeben, daß ſie eine Erfüllung der ihr gegebenen Zuſicherungen darin erblicke, daß Beklagte ſie teſtamentariſch — alſo durch einſeitigen widerruflichen Willensakt — bedenke; ſie kann alſo nicht die Beklagte ſchon jetzt als vertragsmäßig gebunden betrachtet haben. Weiter aber hat nach der eigenen Darſtellung der Klägerin die Beklagte ihr ſchon 1873 genau ebenſo, wie 1884, zugeſichert, ſie werde die Klägerin letztwillig ſo bedenken, daß ſie ſorgenlos leben könne, Klägerin ſelbſt findet aber, da ſie den Abſchluß des Vermächtnisvertrags erſt in das Jahr 1884 verlegt, in jener Aeußerung der Beklagten von 1873 eine verpflichtende Willenserklärung derſelben (an deren Annahme durch die Klägerin es ſicherlich nicht gefehlt hätte) nicht, ſie führt vielmehr ſelbſt an, daß ihr Ehemann wie ihre Verwandten derartige Verſprechungen für wertlos erklärt haben.

II. Auch darin kann ein Vermächtnisvertrag nicht gefunden werden, daß Beklagte auf die Drohung der Klägerin, die Beklagte zu verlaſſen, wenn ſie nicht „ihr Verſprechen erfülle," angeblich erwidert hat: ſie werde ihr feſtes Verſprechen, für die Klägerin zu ſorgen, halten, und ſofort ein Teſtament machen. Denn damit war nur geſagt: Beklagte werde ihren Zuſicherungen dadurch nachkommen, daß ſie die Klägerin teſtamentariſch bedenke; die Zuſage einer teſtamentariſchen Bedenkung enthält aber nicht die Einräumung eines klagbaren vertragsmäßigen Anſpruchs. Dieſer Vorgang beweiſt nur, daß beide Teile davon ausgiengen, den von der Beklagten der Klägerin erteilten Zuſicherungen geſchehe durch Ausſetzung eines Vermächtniſſes an die Klägerin, alſo durch eine einſeitige, widerrufliche Willenserklärung der Beklagten, Genüge.

Daß die Errichtung des Teſtaments und die darin erfolgte Bedenkung der Klägerin keinen Vermächtnisvertrag darſtellt, hat der vorige Richter zutreffend ausgeführt.

Demſelben kann aber darin nicht beigeſtimmt werden, daß durch die angebliche (von der Klägerin acceptierte) Aeußerung

der Beklagten nach der Testamenterrichtung ein Vermächtnisvertrag unter den Parteien zum Abschluß gelangt sei.

Wenn Beklagte zu der Klägerin gesagt hat: „So jetzt habe ich mein Versprechen erfüllt, ich habe dir 5000 M. u. s. w. vermacht", so spricht schon die Form des Ausdrucks dagegen, daß Beklagte hiemit eine verpflichtende Willenserklärung abgeben wollte, und dafür, daß sie der Klägerin lediglich Mitteilung von dem Inhalt des Testaments machen wollte. Es kommt zweifellos häufig vor, daß ein Testator einem von ihm Bedachten Mitteilung von der Bedenkung macht, ohne dadurch einen Erb- oder Vermächtnisvertrag abschließen zu wollen: er kann aber in diesem Fall kaum andere Worte gebrauchen, als die von der Klägerin angeführten. Ein Verzicht auf die Widerruflichkeit des Vermächtnisses ist in der behaupteten Aeußerung mit keinem Wort zum Ausdruck gelangt; eine Vermutung dafür, daß die Mitteilung von einer letztwilligen Bedenkung einen Verzicht auf deren Widerruflichkeit enthalte, besteht nicht: im Gegenteil wird ein Dienstherr, der seinem Diener mitteilt, daß er ihm ein Vermächtnis ausgesetzt habe, sich regelmäßig dessen Widerruflichkeit vorbehalten, damit der Gedanke, durch unbefriedigende Leistungen könnte er die in Aussicht stehende Zuwendung verscherzen, für den Diener ein Sporn zu fortgesetzt eifriger Pflichterfüllung bleibt.

Freilich war hienach die der Klägerin eröffnete Aussicht auf die 5000 M. eine rechtlich unsichere; aber es ist keineswegs selten, daß sich durch eine derartige Aussicht jemand zur fortgesetzten Leistung von Diensten bestimmen läßt [1]). Thatsächlich mochte übrigens Klägerin mit ziemlicher Sicherheit darauf rechnen, daß es bei der von der Beklagten getroffenen letztwilligen Verfügung sein Verbleiben habe, wenn nicht eine Trübung des unter den Parteien bestehenden Verhältnisses eintrat, welche nicht in Aussicht zu nehmen war.

Klägerin selbst hat denn auch den W.'schen Eheleuten nach

1) vgl. z. B. die bei Hartmann im A. f. c. P. Bd. 72 S. 239 ff. angeführten Fälle, auch Jahrb. der württ. Rechtspflege I, S. 36 ff.

deren Zeugnis nur erzählt: die Beklagte habe ihr gesagt, sie habe ihr in ihrem Testament 5000 M. u. s. w. vermacht, nicht aber, daß ihr die Beklagte in unwiderruflicher Weise (vertragsmäßig) 5000 M. u. s. w. zugesichert habe. Die Widerruflichkeit testamentarischer Verfügungen ist allgemein bekannt und war dies daher zweifellos auch der Klägerin.

III. Nun meint freilich der vorige Richter: den mehrerwähnten Worten der Beklagten müsse aus dem Grund ein Verpflichtungswille unterlegt werden, weil die Zusage des Vermächtnisses einen Teil der Gegenleistung dafür gebildet habe, daß sich Klägerin ihrerseits vertragsmäßig verpflichtet habe, im Dienst der Beklagten zu bleiben, solang diese lebe, und zwar bei sehr niederem Lohn.

Aber die Annahme, daß zwischen den Parteien ein Dienstmietevertrag auf die Lebensdauer der Beklagten geschlossen worden sei, ist ebenfalls nicht haltbar. Zutreffend führt der erste Richter aus, daß ein solcher Dienstmietevertrag durch die der Testamentserrichtung vorangehenden (angeblichen) Beredungen der Parteien nicht zum Abschluß gelangt ist. Daß dies auch die eigene Anschauung der Klägerin war, ergiebt sich daraus, daß sie nach der angeblichen „Vereinbarung" vom Mai 1884 der Beklagten erklärt haben will: sie gehe wieder fort, wenn Beklagte sie nicht testamentarisch bedenke, oder ihr ein schriftliches Versprechen hinsichtlich ihrer Versorgung gebe: Klägerin betrachtete sich also damals nicht durch einen für die Lebensdauer der Beklagten geschlossenen Dienstmietevertrag an diese gefesselt, sondern gieng davon aus, daß sie jederzeit nach Belieben der Beklagten kündigen könne.

Aber auch in den angeblichen Worten der Beklagten bei Mitteilung der testamentarischen Bedenkung: „nun bleibst du aber bei mir, solang ich lebe" kann ein Vertragsantrag dahin, daß sich Klägerin verpflichten solle, bei der Beklagten zu bleiben, solang diese lebe, nicht gefunden werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob einem derartigen Abkommen trotz der darin enthaltenen Beschränkung der persönlichen Freiheit des betreffenden Dienstboten rechtliche Gültigkeit zukäme; jedenfalls

ist eine solche Vereinbarung, wie Klägerin sie behauptet, ungewöhnlich und kann ohne zwingende Gründe nicht angenommen werden. Nun geschieht es nicht selten, daß ein Dienstherr einem Dienstboten eröffnet: er habe ihn testamentarisch bedacht unter der Voraussetzung, daß der Dienstbote bis zu seinem (des Dienstherren) Tod bei ihm bleibe [1]). Damit übernimmt weder der Dienstherr die rechtliche Verpflichtung, bis zu seinem Tod den Dienstboten zu behalten, noch letzterer die, beim Dienstherrn bis zu dessen Tod zu bleiben. In dieser Weise läßt sich aber auch die behauptete Aeußerung der Beklagten aufs ungezwungenste auslegen: die Beklagte hat der Klägerin mitgeteilt, daß sie sie testamentarisch mit 5000 M. u. s. w. bedacht habe, und als selbstverständliche Voraussetzung dieser Zuwendung erwähnt, daß Klägerin ihr bis zu ihrem Tod diene, und die Aussicht auf diese Zuwendung hat die Klägerin bestimmt, ihr ferneres Verbleiben im Dienst der Beklagten dieser — ohne eine Verpflichtung in dieser Richtung einzugehen — zuzusichern. Die Beklagte nahm an, daß sie keinen Grund haben werde, sich von der Klägerin zu trennen, aber der Wille, eine Verpflichtung dahin einzugehen, daß sie der Klägerin nie — von „wichtigen Gründen" abgesehen — kündigen werde, ist nicht zum Ausdruck gelangt und kann nicht unterstellt werden. Wenn Klägerin ihrerseits gegenüber den W.'schen Eheleuten geäußert hat: sie müsse ihr Leben lang gegen geringen Lohn bei der Beklagten bleiben, so wollte sie damit vermutlich eben sagen: um die zugesicherten 5000 M. u. s. w. zu erhalten, müsse sie während der Lebensdauer der Beklagten bei dieser bleiben, m. a. W. diese Zuwendung sei an die Bedingung der Fortdauer des Dienstverhältnisses bis zum Tod der Beklagten geknüpft.

IV. Ist dem Ausgeführten zufolge zwischen den Parteien weder ein Vermächtnisvertrag noch ein Dienstvertrag auf Lebenszeit der Beklagten zu Stand gekommen, so stellen sich die beiden von der Klägerin in erster Linie geltend gemachten An-

1) vgl. z. B. den Fall bei Seuffert Bd. 45. Nr. 257.

ſprüche als unbegründet dar und waren demgemäß unter Abänderung des erſtrichterlichen Urteils abzuweiſen.

V. Wenn Beklagte die von der Klägerin behauptete Aeußerung nach der Teſtamentserrichtung gethan hätte, ſo hätte ſie damit ſelbſt als Aequivalent des geringen Lohns die Ausſicht auf das Vermächtnis von 5000 M. u. ſ. w. hervorgehoben, ſie hätte die Klägerin beſtimmt, ihr zu einem von ihr ſelbſt als an ſich zu niedrig anerkannten Lohn in der Vorausſetzung zu dienen, daß ihr (der Klägerin) nach dem Tod der Beklagten das zugeſicherte Vermächtnis zu Teil werde. Aus jener Aeußerung würde ſich alſo ergeben, daß die Parteien darüber einverſtanden waren, daß der Lohn von monatlich 7 M. ein ſachgemäßer nicht ſei; ſie wären davon ausgegangen, daß Klägerin durch die Zuwendung des Vermächtniſſes ſchadlos gehalten werden ſolle; nachdem nun aber die Ausſicht auf dieſes Vermächtnis für die Klägerin weggefallen iſt, erſcheint ſie berechtigt, für die 7 Dienſtjahre 1884—91 einen ſachgemäßen Lohn zu fordern — weil ſie ihre Dienſte in der beiderſeits kundgegebenen Abſicht angemeſſener Vergütung gewährt hat und hierin ein ſtillſchweigendes Uebereinkommen der Parteien zu finden iſt, daß der Klägerin dieſe Vergütung in irgend einer Weiſe zu Teil werden ſolle [1]). Der weitere ſachgemäße Lohn wurde neben den bisherigen Leiſtungen auf 100 M. für das Jahr feſtgeſetzt.

Urteil des 1. Civil-S. des O.L.G.R. vom 19. Februar 1892 in Sachen Stürm c. Paulus.

15.

Konventionalſtrafe.

Der Kläger hat die Schreinerarbeit im Hauſe des Beklagten im Akkord übernommen. Er hat ſich für jeden Tag der Verſpätung einer Vertragsſtrafe von 20 M. unterworfen.

1) vgl. Jahrb. der württ. Rechtspflege Bd. 1. S. 36—38; Hartmann im A. f. c. P. Bd. 72. S. 236—51.

Begonnen werden sollte die Arbeit am 20. Juli und am 10. August fertig sein. Ohne seine Schuld konnte der Kläger erst am 6. August beginnen. Fertig wurde er am 6. September. Die Beklagte nimmt die Vertragsstrafe auf 10 Tage in Anspruch, weil dem Kläger zur Vollendung der Arbeit eine Frist von 21 Tagen (nämlich vom 20. Juli bis 10. August) gewährt worden sei und er deshalb vom 6. August an gerechnet am 27. August hätte fertig sein müssen.

Die Anrechnung der Vertragsstrafe wurde für unzulässig erachtet.

Gründe:

Die Vereinbarung der Vertragsstrafe wegen verspäteter Lieferung der Schreinerarbeiten ist hinfällig geworden, weil ihre wesentliche Voraussetzung: daß Kläger mit der Schreinerarbeit am 20. Juli beginnen könne, nicht eingetreten, dieser Beginn vielmehr ohne seine Schuld erst am 6. August möglich gewesen ist.

Ein Baugewerbetreibender, der in einer bestimmten Zeit in der Regel verschiedenartige Arbeiten auszuführen hat, muß schon wegen der hiezu nötigen Vorbereitungen (Anwerbung der erforderlichen Hilfskräfte, Einrichtung und Freihaltung der Betriebsstätte u. s. w.) über Verteilung der Arbeiten auf bestimmte Zeiträume zum Voraus verfügen und sich darauf verlassen können, daß die einmal bestimmte Zeit auch eingehalten werde. Schon aus diesem Grund hat die Versicherung des Bauherrn, daß dem Unternehmer zu Ausführung der von ihm übernommenen Arbeiten der Bau zu einer bestimmten Zeit zur Verfügung stehen d. h. die der übernommenen Arbeit notwendig vorangehenden Bauarbeiten beendigt sein werden, für den Unternehmer eine sehr wesentliche Bedeutung. Begreiflich aber steigert sich diese Bedeutung wesentlich, wenn derselbe zu Vollendung seiner Arbeit auf bestimmten Termin sich verpflichtet, und für den Fall der Ueberschreitung desselben zu Entrichtung einer hohen Vertragsstrafe für jeden Tag der Ueberschreitung sich unterworfen hat, zumal dann, wenn er, wie hier der Kläger, die Arbeit binnen verhältnismäßig kurzer Frist aus-

zuführen übernommen hat. Offenbar kann dem Uebernehmer nicht zugemutet werden, die für die Erfüllung einer derart gesteigerten Verbindlichkeit erforderliche gesteigerte Anspannung seiner Betriebskräfte über den für die Ausführung der Arbeit festgesetzten Zeitpunkt hinaus fortdauern zu lassen oder die gemachten Vorbereitungen zu einer späteren Zeit zu wiederholen, und die Arbeit zu einer Zeit ausführen zu müssen, für welche er über seine Betriebsmittel schon vorher anderweit verfügt hatte. Wenn also der bestimmte Anfangstermin für die übernommene Arbeit aus Gründen, welche nicht in der Person des Uebernehmers liegen, nicht eingehalten werden kann und die Möglichkeit des Beginns der Arbeit um mehrere Tage oder Wochen sich verzögert, so kann nicht davon die Rede sein, daß nun lediglich der Endtermin der für die Arbeit bestimmte Zeit um eben so viel Tage oder Wochen hinausgerückt werde, im übrigen aber das Rechtsverhältnis zwischen Uebernehmer und Verdinger unverändert bleibe, denn dies hieße annehmen, wer für eine bestimmte Kalenderzeit eine Bauarbeit unter dem Versprechen einer Vertragsstrafe zugesagt, habe sie eben damit auch für einen beliebigen anderen, späteren, Zeitraum unter derselben Strafe versprochen — was den eben hervorgehobenen Betriebsverhältnissen widerstreitet; vielmehr erscheint die unter Strafversprechen zugesagte Arbeit, für welche eine bestimmte Kalenderzeit vertragsmäßig festgesetzt ist, unter dieser erschwerenden Bedingung nur zugesagt für diese Kalenderzeit, nicht für einen dieser Kalenderzeit in der Dauer entsprechenden Zeitraum überhaupt.

Ob eine ganz geringfügige, für die Interessen der Uebernehmer unerhebliche Verzögerung des Anfangstermins zu übersehen sein würde, kann unentschieden bleiben, da die hier in Frage stehende Hinausschiebung der Möglichkeit des Beginns der vom Kläger übernommenen Schreinerarbeit vom 20. Juli auf den 6. August (um 16 Tage) unter allen Umständen — zumal für eine innerhalb 21 Tagen (vom 20. Juli bis 10. August) zu vollendende Arbeit dieses Umfangs für den Unternehmer aus den oben angeführten Gründen von Bedeutung ist.

Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. April 1892 in Sachen Körner c. Eckert.

16.

Bedeutung der Klausel „Versandt prompt vor Schluß der Rheinschifffahrt".

Beklagte macht der an sich anerkannten Kaufpreisforderung der Klägerin gegenüber eine Schadensersatzforderung wegen Verzugs der Klägerin in Uebergabe der Ware geltend. Die Beklagte hat der Klägerin im Juni 1890 die Lieferung von 3 Wagen Jutegarn unter dem Vorbehalt näherer Spezifikation der zu liefernden Garn-Nummern in Bestellung gegeben. In der Ordrekopie der Klägerin vom 18. Juni 1890 heißt es: „1 Doppelwaggon — Absandt im August cr. und bitten wir Sie, damit wir rechtzeitig liefern können, um gefällig umgehende Einteilung. — 2 Doppelwaggons — Absandt ½ im Oktober und ½ im November a. cr. Conditionen: „franko Nürtingen Wasserverladung." Der Transport erfolgte auf Kosten und Gefahr der Klägerin. In einem Brief der Klägerin vom 21. Juli an Beklagte ist gesagt: Das bestellte Garn könne unmöglich schon in 4 Wochen in N. sein, da dasselbe erst gesponnen werden müsse. Am 3. November 1890 erteilte Beklagte der Klägerin Disposition inbetreff des 3. Wagens mit der Bemerkung: „Versandt prompt vor Schluß der Rheinschiffahrt." Klägerin bestätigte mit Schreiben vom 5. November den Empfang dieser Disposition und sandte das Garn am 20. November zu Wasser via Amsterdam-Mannheim an die Beklagte ab, der sie am 21. November Faktura überschickte. Die Dauer des Transports betrug bei normalem Wasserstand vier Wochen; das Schiff, worin die 3. Wagenladung Garn verladen war, kam aber infolge des niederen Wasserstandes bei Köln auf den Grund zu sitzen, überwinterte dort, und so kam die Ware erst am 16. März 1890 in N. an. Mit Schreiben vom 24. Dezember 1890 erklärte Beklagte

ihren Rücktritt vom Vertrag, weil die Lieferung nicht, wie sie in ihrem Schreiben vom 3. November „genau bestimmt" habe, „zu einer bestimmten Zeit, also vor Schluß der Rheinschiffahrt erfolgt" sei. Klägerin nahm diesen Rücktritt nicht an und als Beklagte mit Schreiben vom 9. Februar 1891 bemerkte: Klägerin sei in Verzug geraten, weil sie trotz dem Verlangen prompten „d. h. sofortigen, unverzüglichen" Versandts die Ware erst am 20. November abgesandt habe, wies Klägerin mit Schreiben vom 12. Februar 1891 darauf hin, daß die Ware „lt. Ihrer Disposition doch erst angefertigt werden mußte." Unterdessen war das Jutegarn im Preis gefallen und diesen Schaden verlangt die Beklagte ersetzt.

Die Beklagte wurde dem Klagegesuch gemäß verurteilt.

Gründe:

I. Angesichts der Behauptung der Beklagten, daß Klägerin in Lieferungsverzug gekommen sei, sofern sie das in Frage stehende Garn der von ihr übernommenen Verpflichtung zuwider nicht „prompt" versandt habe, ist zunächst der Sinn der Klausel „Versandt prompt" (vor Schluß der Rheinschiffahrt) festzustellen, welche Beklagte ihrer Disposition vom 3. November 1890 beigefügt, und der die Klägerin nicht widersprochen hat.

„Versandt prompt" heißt soviel als: der Versandt solle schleunigst, so bald als möglich erfolgen. Wie lange sich Klägerin hienach bis zur Absendung des Garns Zeit lassen durfte hängt davon ab, ob nach dem Inhalt des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses die Ware jedesmal, nachdem Beklagte ihre Bestellung eines Wagens spezifiziert hatte, erst anzufertigen war. Es steht nun aber fest, daß Beklagte wußte, daß Klägerin das Garn je erst nach erfolgter Bestellung anfertigen ließ. Dies wird des Näheren ausgeführt und weiter bemerkt:

Waren aber — wie nach dem Ausgeführten anzunehmen ist — beim Abschluß des Vertrags und bei den vor November 1890 erfolgten Bestellungen beide Teile davon ausgegangen, daß erst nach Einlauf der Disposition der Beklagten über die

einzelnen Wagenladungen das betreffende Garn anzufertigen war, so konnte Beklagte weder verlangen noch voraussetzen, daß es bei der Novemberlieferung anders gehalten wurde. Ihre Bemerkung: „Versandt prompt" bringt bei dieser Sachlage ein derartiges Verlangen auch gar nicht zum Ausdruck: Klägerin konnte diese Worte nur als eine Aufforderung auffassen, die Ware so schnell als möglich anzufertigen und nach der Anfertigung zum Versandt zu bringen. Der von der Beklagten beantragten Vernehmung von Sachverständigen darüber, daß es sich bei „prompter" Lieferung nur um eine Frist von wenigen Tagen handeln könne, bedarf es nicht: es mag dies zutreffend sein, wenn die Lieferung fertiger Ware in Frage kommt; wenn aber die prompte Lieferung erst anzufertigender Ware verlangt wird, so umfaßt die dem Liefernden gesteckte Frist notwendig den zur Fertigung der Ware erforderlichen Zeitraum. Da nun seitens der Beklagten anerkannt ist, daß die Fabrikation des am 3. November bestellten Garns die Zeit vom 5. bis 20. November beansprucht hat, so hat Klägerin dem Verlangen prompten Versandts durchaus entsprochen, indem sie das Garn am 20. November an Beklagte absandte; von einem „Verzug" derselben kann daher in dieser Hinsicht keine Rede sein.

II. Aber auch die Behauptung der Beklagten ist unzutreffend, daß der Klägerin ein Verzug zur Last falle, weil der Wassertransport des fraglichen Garns nicht vor Schluß der Rheinschiffahrt zu Ende geführt worden sei. Der Verzug setzt nach dem für den vorliegenden Fall maßgebenden gemeinen (bezw. württ.) Recht eine schuldhafte Verzögerung der Erfüllung voraus. Nun hat aber Klägerin nach dem unter Ziff. 1 Ausgeführten die Absendung der Ware in keiner Weise verzögert, vielmehr so schnell als möglich bewerkstelligt; daß sie in irgend einer andern Richtung eine schuldhafte Verzögerung hätte eintreten lassen, ist von der Beklagten nicht behauptet. Daß das Schiff, das die Ware trug, wegen des niederen Wasserstands des Rheins nur bis Köln gelangen konnte, machte es allerdings unmöglich, die Ware auf dem Wasserweg so

zeitig, als Beklagte wünschte, in deren Hände gelangen zu lassen; aber diese unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung der von der Klägerin übernommenen Verpflichtung begründet keinen Verzug der Klägerin, vielmehr genügt der Nachweis einer solchen Unmöglichkeit zur Beseitigung des Vorwurfs eines Verzugs.

III. Ebensowenig ist die Behauptung der Beklagten zutreffend, Klägerin habe durch Acceptation der Klausel „Versandt prompt vor Schluß der Rheinschiffahrt" die Verpflichtung übernommen, den Wassertransport der Ware vor Schluß der Rheinschiffahrt auszuführen. Die Worte: „Versandt vor Schluß der Rheinschiffahrt" bedeuten sprachlich, daß die Versendung vor Schiffahrtsschluß erfolgen soll, „Versendung" ist aber der Akt des Absendens, nicht die Vollendung des Transports. Es mag sein, daß unter Umständen sich als Willensmeinung der Kontrahenten ergiebt, daß unter „Versandt" die Ausführung des Transports bis zu dessen Ende verstanden ist. Selbstverständlich ist dies aber nicht und im vorliegenden Fall ist es nicht anzunehmen. Allerdings wünschte Beklagte, daß der Wassertransport des Garns vor Schluß der Rheinschiffahrt beendet werden sollte, aber daraus folgt nicht, daß sie der Klägerin die Verpflichtung ansinnen wollte, den Wassertransport vor Schluß der Rheinschiffahrt zu Ende zu führen. Man weiß ja nicht im voraus, wann dieser Schluß eintritt, es hängt dies von der Temperatur und den Wasserstandsverhältnissen ab. Die Beklagte mußte sich sagen, daß das erst anzufertigende Garn erst Ende November werde zur Versendung gelangen können, und daß es zu dieser Zeit zweifelhaft sein mußte, ob der Wassertransport vor Schluß der Schiffahrt beendet werden konnte. Wenn sie also von der Klägerin verlangt hätte, sie solle sich verpflichten, die Ware vor Schluß der Rheinschiffahrt zu Wasser bis Mannheim zu verbringen, hätte sie damit eine Verpflichtung verlangt, deren Erfüllung der Klägerin unter Umständen objektiv unmöglich war. Es kann nicht angenommen werden, daß Beklagte ein

derartiges Verlangen an die Klägerin stellen wollte, um so weniger, als sie vertragsmäßig hiezu in keiner Weise berechtigt war. Denn nach der im Juni 1890 zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung war Beklagte verpflichtet, die 3. Wagenladung im November abzurufen, Klägerin aber berechtigt, die Ware zu Wasser zu versenden: irgend eine Verpflichtung inbetreff der Ankunftszeit der zu Wasser versandten Ware hatte Klägerin nicht übernommen, die Beklagte aber hatte dadurch, daß sie „Wasserverladung" mit der Klägerin vereinbart hatte, sich stillschweigend damit einverstanden erklärt, daß die Ware erst nach Abfluß der Zeit bei ihr ankomme, die sie zur Zurücklegung des Wasserwegs brauchte — wobei auch Unterbrechungen der Schiffahrt durch niedrigen Wasserstand u. dgl. in Rechnung genommen werden mußten.

Klägerin war also auf Grund der Vereinbarung vom Juni 1890 berechtigt, den im November von der Beklagten abzurufenden Wagen zu Wasser abgehen zu lassen; war der Wassertransport zu der Zeit, als Beklagte den 3. Wagen abrief, nicht mehr möglich, so mußte Beklagte auf das Garn bis zu der Zeit warten, da die Schiffahrt wieder offen war, oder aber die durch den Landtransport entstehenden Mehrkosten auf sich leiden. Wenn Beklagte die 3. Wagenladung Garn zu einer Zeit bestellte, wo die Möglichkeit vorlag, daß der Wassertransport durch den Schluß der Rheinschiffahrt eine Unterbrechung erlitt, so war es ihre Sache, zu überlegen, ob sie das Risiko laufen wollte, die Ware zu Wasser vielleicht erst nach einigen Monaten zu erhalten, oder ob sie, um die Ware sicher in kurzer Zeit zu bekommen, auf ihre Kosten den Landtransport anordnen wollte.

Bei dieser Sachlage kann die Bemerkung der Beklagten in ihrem Schreiben vom 3. November: „Versandt prompt vor Schluß der Rheinschiffahrt" nicht anders aufgefaßt werden, denn als eine Aufforderung an die Klägerin, die Absendung des Garns möglichst zu beschleunigen, damit dasselbe vor Schluß der Rheinschiffahrt auf das Wasser und womöglich bis Mannheim gelange. Der Aufforderung zu schleuniger Absendung des

Garns ist Klägerin wie gezeigt nachgekommen, eine Haftung für den Zufall, daß der Wassertransport wegen niedrigen Wasserstands des Rheins nicht mehr rechtzeitig zu Ende geführt werden konnte, war ihr durch die in dem Schreiben der Beklagten enthaltene Klausel nicht angesonnen. Wollte man je annehmen, Beklagte habe *ihrerseits* diese Klausel dahin verstanden, daß Klägerin die Verpflichtung übernehmen solle, den Wassertransport des Garns vor Schluß der Rheinschiffahrt zu Ende zu führen, und Beklagte von dem Vertrag zurückzutreten berechtigt sei, wenn Klägerin dieser Verpflichtung nachzukommen außer Stand wäre, so fehlt doch jeder Anhaltspunkt dafür, daß auch Klägerin die Klausel in diesem Sinn verstanden hat. Daß sie anders verstanden werden konnte und es näher lag, sie als bloße Aufforderung zur Beschleunigung der Versendung aufzufassen, ist gezeigt worden. Klägerin hatte keinen Anlaß, eine Verpflichtung inbetreff der Ankunftszeit des Garns zu übernehmen, die ihr nach der Vereinbarung vom Juni 1890 nicht oblag; daß sie trotzdem eine solche Haftung übernommen hat, könnte nur dann angenommen werden, wenn eine solche unzweideutig von ihr verlangt worden wäre und sie gegen dieses Verlangen nichts erinnert hätte. Ein solches unzweideutiges Verlangen, daß Klägerin eine Haftung dafür übernehme, daß das Garn vor Schluß der Rheinschiffahrt bis Mannheim gelange, ist aber nach dem Ausgeführten in der mehrerwähnten Klausel des Briefs der Beklagten vom 3. November nicht zu finden und es kann deshalb keine Rede davon sein, daß Klägerin eine Verpflichtung in dieser Hinsicht dadurch eingieng, daß sie den Empfang der Disposition der Beklagten vom 3. November ohne weitere Bemerkung bestätigte.

IV. Verfehlt ist es schließlich, wenn Beklagte meint, sie könne *darum* Ersatz des ihr durch die verspätete Ankunft des Garns erwachsenen Schadens verlangen, weil Klägerin die Gefahr des Transports zu tragen hatte. Unter der Tragung der Gefahr bei einem Kauf bis zu einem gewissen Zeit-

punkt ist nur die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Sache gemeint [1]). Anders hat es auch Beklagte selbst nicht verstanden, denn sie hat am 1. September 1890 an Klägerin geschrieben: die Sendung reise durchaus nicht auf ihre — Gefahr, sondern sie übernehme die Ware nur in gutem Zustand franko Bahnhof N. Um Untergang oder Verschlechterung der Ware aber handelt es sich nicht. Die Gefahr, daß die Ware ungewöhnlich lange Zeit unterwegs war, weil der Wassertransport zeitweise unmöglich war, hat — wie schon oben bemerkt — Beklagte übernommen, indem sie der „Wasserverladung" des Garns im Vertrag vom Juni 1890 zustimmte; daß Klägerin ihren Verpflichtungen erst nachgekommen war, wenn die Ware in N. angekommen war, ist — wie der vorige Richter mit Recht hervorgehoben hat — unerheblich, sofern eben Klägerin inbetreff der Zeit, zu der die Ware in N. sein sollte, keine Verpflichtung eingegangen hatte.

V. Noch mag bemerkt werden, daß die gerichtlichen Entscheidungen, auf welche sich der vorige Richter für seine Auslegung der Klausel: „Versandt prompt vor Schluß der Rheinschiffahrt" berufen hat, nur aussprechen: wenn vereinbart sei, daß eine Lieferung prompt innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen müsse, dürfe regelmäßig keine Ueberschreitung dieser Frist stattfinden. Eine derartige Vereinbarung steht aber im vorliegenden Fall nach dem Ausgeführten nicht in Frage.

Urteil des 1. Civil-S. des O.L.G. vom 2. Dezember 1892 in Sachen der Norddeutschen Jutespinnerei in Hamburg c. die Firma Schmid und Müller.

---

1) vgl. tit. Dig. de periculo rei vend. 18, 6; württ. L.R. II, 9 § 24; bad. L.R. Satz 1624; E.B.G.B. § 463.

17.

Täuschung über den Mietertrag eines Hauses beim Verkauf desselben.

Es wurde als erwiesen angesehen, daß der beklagte Verkäufer eines Hauses dem Käufer desselben bei den Unterhandlungen einen Aufschrieb eingehändigt hat, in welchem die einzelnen Mieter des Hauses mit den von ihnen bezahlten Mietzinsen aufgenommen waren, welcher aber unwahrerweise einen fingierten Mieter mit einem Miet-Ertrag von 450 M. für 2 Zimmer enthielt, welcher schon in den Mieten und Mietzinsen zweier anderer schon aufgenommener Mieter begriffen war, um den Käufer über die Rentabilität des Hauses zu täuschen. Nach dem Aufschrieb ergab sich ein Mietertrag des Hauses von 4720 M., während derselbe in Wirklichkeit nur 4270 M. betrug. Das Haus wurde um 83 000 M. an den Kläger verkauft. Nachdem der Kläger das Haus schon teilweise umgebaut hatte und der Kaufpreis bezahlt war, wurden die Mietverträge dem Kläger ausgehändigt und er ersah nun daraus, daß der angebliche Mieter nicht vorhanden war und die zwei Zimmer in den Mietverträgen zweier anderer Mieter schon enthalten waren. Der Kläger verlangt nun auf Grund der Täuschung die Rückbezahlung von 7500 M. als den dem Minderertrag von 450 M. entsprechenden Teil des Kaufpreises.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Der Kläger könne gar nicht Minderung des Kaufpreises, sondern nur Auflösung des Vertrags und Rückzahlung des Preises gegen Rückgabe des Hauses verlangen. Der Käufer sei auch nicht getäuscht worden, das Haus sei 83 000 M. wert; Kläger habe das Haus selbst genau angesehen und einen Unterhändler beigezogen; derselbe würde das Haus nie um 75 500 M. erhalten haben.

Ueber den Wert des Hauses zur Zeit des Kaufes wurden Sachverständige gehört. Dieselben haben sich nach eingehender Besichtigung des Hauses und unter Berücksichtigung anderer

Verkäufe und der besonderen Verhältnisse des Hauses dahin ausgesprochen, das Haus würde bei einem Mietertrag von 4720 M. einen Wert von 92 000 M. haben, bei einem Mietertrag von 4270 M. habe das Haus einen Wert von 83 000 M., der Käufer sei durch den Kauf nicht übervorteilt.

Der Bekl. wurde zur Rückerstattung von 1600 M. verurteilt, der Kläger mit der Mehrforderung abgewiesen.

Gründe:

I. Unzutreffend ist die Behauptung, Kläger könne nur Auflösung des Vertrags, nicht aber Herabminderung des Kaufpreises verlangen. Es wird zwar für diesen Satz angeführt, der Verkäufer würde sonst zu einem Vertrage genötigt werden, den er niemals abgeschlossen haben würde [1]). Allein der Betrüger kann sich nicht darüber beschweren, wenn er bei dem Vertrag festgehalten wird [2]). Der gleiche Einwand könnte bei einem ädilitischen Mangel der Preisminderungsklage entgegengehalten werden und dennoch wird dem Käufer diese und die redhibitorische Klage zur Wahl gestellt. Der Käufer kann aber nicht weniger Recht haben, wenn zu dem objektiven Vorhandensein des Mangels noch die weitere Thatsache der Täuschung hinzukommt. Die Unrichtigkeit der angeführten Ansicht ergiebt sich aus l. 13 § 5 Dg. 19. 1 und insbesondere aus l. 13 § 4 Dg. 19. 1 [3]). Der Kläger würde auch durch die angebotene Zurücknahme des Hauses, Zurückgabe des Kaufschillings und Ersatz der Baukosten nicht voll entschädigt, denn hiedurch würde der Verlust nicht gedeckt, den er dadurch erleidet, daß ihm nicht alsbald wieder eine andere Wirtschaft zur Verfügung steht.

II. Es ist Sache des Klägers, den ursächlichen Zusammenhang der von dem Beklagten beabsichtigten Täuschung mit dem von ihm bewilligten Preis darzuthun; er hat zu beweisen, daß ein Irrtum über die Höhe der Mieterträge in ihm erregt, daß dieser Irrtum Einfluß auf seine Willensbestimmung gehabt,

1) v. Ziegler, Betrug S. 22. 49 u. 50.

2) s. Hanausek, Haftung des Verk. l. S. 162 u. R.G. bei Bolze Bd. 11. S. 119. 120.

3) s. zu diesen Stellen Paulus, rec. sent II. tit. 17 § 6.

daß er durch denselben bewogen worden sei, 83 000 M. für das Haus zu verwilligen und daß demgemäs der Kaufpreis auf der Grundlage jenes Mieterträgnisses festgesetzt worden sei.

Die Beweggründe, welche den Käufer im einzelnen Fall zu Bewilligung eines gewissen Preises bestimmt haben, lassen sich direkt nicht beweisen. Der Beweis des ursächlichen Zusammenhangs eines Beweggrundes mit der Preisbewilligung wird aber dann als erbracht zu erachten sein, wenn das Motiv ein an sich und für einen sorgsamen Mann erhebliches ist, wenn nach den Umständen des fraglichen Falls anzunehmen ist, der Käufer habe sich durch dasselbe leiten lassen und insbesondere, wenn aus dem Erfolg zu schließen ist, daß dasselbe wirksam gewesen ist: wenn ein Preis gezahlt worden ist, der von demjenigen abweicht, welcher bewilligt worden wäre, wenn der Beweggrund nicht vorhanden gewesen wäre.

Es ist zweifellos, daß die Mieterträge, welche aus einem Haus gezogen werden können, besonders wenn dasselbe zum Erwerb und zur Geldanlage bestimmt ist, von entscheidendem Einfluß auf die Preisbestimmung sind. Der Preis richtet sich nach Alter, Bauart und Lage, und die Lage drückt sich in den Mietzinsen aus, ob die Räumlichkeiten gesucht sind oder nicht. Bei sonst gleichen Verhältnissen wird ein Haus, welches höhere Mietzinsen abwirft, einen entsprechend höheren Preis erzielen als ein anderes, das eine geringere Rente ergiebt. So haben auch die Sachverständigen angegeben, sie schätzen den Mietwert nach ihrer sonstigen Kenntnis der Höhe der allgemeinen Mietpreise und Einsichtnahme der Räumlichkeiten, und sie haben für das Haus verschiedene Werte angegeben, je nachdem ein höherer oder geringerer Ertrag angenommen wird. Um aber den möglichen Ertrag zu erfahren, ist es von Erheblichkeit, denjenigen Mietertrag zu kennen, welchen das Haus in einem gegebenen Zeitraum abwirft, denn hieraus läßt sich unter Berücksichtigung der zufällig vorhandenen Umstände ermessen, welcher nachhaltige Ertrag aus dem Hause gezogen werden könne.

Daß aber der Kläger in der That in dem Umfang, wie er behauptet, durch den ihm übergebenen Aufschrieb und die

darin enthaltene Berechnung über den Wert des Hauses in Irrtum versetzt worden sei, daß er bei Kenntnis der wahren Sachlage nur 75 500 M. bezahlt haben würde, wird schon dadurch zweifelhaft, daß der bewilligte Preis von 83 000 M. nach dem Gutachten der Sachverständigen dem wahren Wert des Hauses entspricht, jedenfalls von ihm nicht erheblich abweicht und daß die Sachverständigen erklärt haben, der Kläger sei durch Bewilligung des Preises von 83 000 M. nicht übervorteilt.

Wäre anzunehmen, daß dennoch die von dem Beklagten angegebenen Mieterträge einen so großen Einfluß gehabt haben, so müßten die Vertragsschließenden andere Eigenschaften des Hauses zu nieder angenommen haben, wofür nichts vorliegt, auch nichts vorgetragen worden ist. Hiezu kommt, daß der Kauf nicht auf Grundlage der angegebenen Mieterträge und des Aufschriebs allein zustande gekommen ist. Der Kläger war nicht in der Lage, diesen Angaben trauen zu müssen, weil sie das einzige Mittel waren, durch welches er sich eine Ueberzeugung von dem Ertrag des Hauses verschaffen konnte. Es ist vielmehr zugegeben, daß der Kaufsabschluß erfolgt ist, nachdem dem Kläger eine zweitägige Bedenkzeit bewilligt worden war, während welcher der Beklagte sein Angebot von 83 000 M. festzuhalten sich verpflichtet hatte, und daß der Kauf abgeschlossen wurde, nachdem Kläger das Haus eingesehen hatte. Ebenso ist zugegeben, daß Kläger auch seinerseits einen Geschäftsvermittler beigezogen hat. Kläger hatte also Gelegenheit, sich über die möglichen Erträgnisse durch eigene Anschauung und mittelst der Sachkenntnis des Geschäftsagenten annähernd zu unterrichten, die Richtigkeit des Aufschriebs zu prüfen und sich auf Grund eigener Ueberzeugung ein ungefähres Bild von dem Werte des Hauses zu machen.

Wenn nun auch dem Kläger zu glauben ist, daß er die wirklichen Mietzinsen, welche zur Zeit des Kaufs von den Mietern bezahlt wurden, von diesen nicht erhob, so mußte sich doch durch eine Vergleichung der Mieträumlichkeiten mit dem Aufschrieb alsbald ergeben, daß dieser Aufschrieb teilweise un-

richtig sein müsse und daß die bezeichneten Gelasse den angegebenen Mietzins nicht abwerfen können.

Dies wird des Näheren ausgeführt und weiter bemerkt: da dies Jedem bei Durchsicht des Aufschriebs und Ansicht der Räumlichkeiten auffallen mußte, so ist auch anzunehmen, daß dem Kläger zum Bewußtsein gekommen ist, daß hier ein Fehler vorliegen müsse, daß ein geringerer Mietertrag in Rechnung zu nehmen sei, und daß sich der Mietertrag auf höchstens 4430 M. belaufen könne. Die durch den Beklagten versuchte Täuschung ist also insoweit ohne Einfluß geblieben.

III. Würde aber auch das Ausgeführte nicht zutreffen, wäre anzunehmen, der Kläger habe den von ihm anzulegenden Preis nach Maßgabe der ihm angegebenen Mieterträge berechnet, so würde dies zur Darlegung des ursächlichen Zusammenhangs des erlittenen Schadens mit dem Irrtum noch nicht genügen. Der Kläger muß vielmehr noch weiter nachweisen, daß wenn er nicht in dem behaupteten Irrtum befangen gewesen wäre, er nicht mehr als 75 500 M. für das Haus bezahlt haben und er dasselbe um diesen Preis erhalten haben würde. Dieser Beweis ist nicht erbracht, es ergiebt sich vielmehr aus den Umständen, daß Kläger das Haus nicht um so viel unter dem thatsächlich gezahlten Preis bekommen haben würde.

Es genügt nicht, wenn bewiesen wäre, daß Kläger nicht mehr als 75 500 M. *geboten* haben würde. Es muß auch erhellen, daß Beklagter das Haus um diesen Preis abgegeben haben würde. Hätte der Kläger weniger geboten, als der Beklagte verlangt haben würde, so wäre die Folge gewesen, daß kein Vertrag zustande gekommen wäre. In diesem Fall hätte der Kläger zwar den von ihm gezahlten Kaufpreis behalten, allein auch das Haus nicht erhalten. Der Nachweis, daß Kläger nicht mehr als 75 500 M. geboten haben würde, könnte daher nur dahin führen, daß Beklagter den Kaufpreis von 83 000 M. zurückzugeben hätte gegen Zurücknahme des Hauses. Allein der Kläger will das Haus behalten, er stellt sich demnach auf den Standpunkt, daß ein Vertrag zustande

gekommen wäre und es ist daher ein Preis zugrunde zu legen, der bei Kenntnis der wirklichen Sachlage angeboten und angenommen worden wäre. Es soll darauf gesehen werden, quanti minoris res fuerit, quanti minoris emturus fuerit. Nur wenn bewiesen werden kann, daß der Käufer die Sache um den niedrigeren Preis erhalten haben würde, kann gesagt werden, er sei durch Zahlung des höheren geschädigt. Die Minderung des Preises ist vorzunehmen nicht nach der einseitigen Anschauung des Käufers, sondern nach dem, wie objektiv der Preis festgesetzt worden wäre[1]).

Entspricht der Kaufpreis der Sache dem Wert derselben im vorausgesetzten fehlerfreien, beziehungsweise in dem der Zusage entsprechenden Zustand, so wird regelmäßig anzunehmen sein, daß die Sache in mangelhaftem Zustand oder ohne den Vorzug um so viel weniger gekauft und abgegeben worden sein würde, als die Sache wegen des Mangels weniger wert ist. Diese Berechnung beruht auf der Annahme, daß der Preis einer Sache sich festsetzt nach ihren einzelnen Eigenschaften, und daß, wenn demgemäß eine Eigenschaft sich als nicht vorhanden zeigt, der Preis entsprechend herabgesetzt wird, während der in Berechnung genommene Wert der übrigen Eigenschaften der gleiche bleibt.

Entspricht der Kaufpreis dem Wert der Sache im vorausgesetzten fehlerfreien Zustand nicht, ist derselbe niederer oder höher, so ist derjenige Preis, um welchen die fehlerhafte Sache gekauft worden wäre, der Regel nach zu finden dadurch, daß der Preis für die fehlerhafte Sache zu dem Preis der Sache im vorausgesetzten fehlerfreien Zustand in das gleiche Verhältnis gesetzt wird, in welchem der Wert der fehlerhaften Sache zu dem Wert der als fehlerfrei gedachten Sache steht[2]). Allein diese Berechnungsweise kann nur die Regel bilden. Dem Verkäufer muß der Beweis frei bleiben, daß selbst dann, wenn

---

1) s. Seuffert A. B. 18 S. 198 ff.

2) s. hiezu Seuffert. A. Bd. 18. S. 197. Bd. 30 S. 345 Bd. 37 S. 284 Bd. 42 S. 151. Bd. 46. S. 137.

der Käufer und Verkäufer den Mangel der angegebenen Eigenſchaft gekannt hätten, die Sache dennoch nicht billiger oder nicht entſprechend billiger verkauft d. h. vom Verkäufer abgegeben und vom Käufer bezahlt worden wäre [1]).

Auch hier iſt die Thatſache von Bedeutung, daß der gezahlte Preis von dem wahren Wert der Sache nicht, bzw. nicht erheblich, abweicht. Eine Sache wird unter ihrem Wert verkauft, wenn der Verkäufer ſich über den Wert derſelben täuſcht, wenn der Verkäufer in der Not iſt und dieſelbe verkaufen muß, oder wenn ſonſt für den Verkäufer Gründe vorhanden ſind, dieſelbe auch um niedrigeren Preis loszuſchlagen.

Daß ſich der Verkäufer Cl. über den Wert ſeines Hauſes in höherem Grad getäuſcht hätte, kann nicht angenommen werden. Er iſt Geſchäftsmann und war überdies durch einen Geſchäftsagenten beraten. Er hatte auch das Haus ſchon lange im Beſitz. Dafür daß ſonſtige Gründe für den Verkäufer vorgelegen ſeien, das Haus unter dem Werte zu verkaufen, dafür liegt nichts vor. Solche wären auch bei den Verhandlungen zur Sprache gekommen und von dem Kläger geltend gemacht und vorgetragen worden. Der Grund, warum der Beklagte das Haus um 83 000 M. abgab und daß er nicht einen dem angeblich höheren Mietertrag entſprechend höheren Kaufpreis verlangte, iſt vielmehr darin zu finden, daß der Beklagte wußte, dieſer höhere Mietertrag ſei nicht vorhanden. Der Bekl. hat verſucht, durch Angabe höherer Mieterträge den Preis hinaufzuſteigern; wenn ihm dies nicht gelang, ſo konnte er bis zu dem wirklichen Wert heruntergehen; allein es folgt daraus nicht, er würde, wenn dem Käufer vor Abſchluß des Vertrags die Wahrheit bekannt geworden wäre, den Preis noch weiter herabgeſetzt haben, und es kann nicht angenommen werden, daß der Beklagte das Haus weſentlich unter dem Wert abgegeben haben würde. Der Kläger aber mußte ſich ſagen, daß das Haus bei einem Mietertrag von 4720 M. und einem Preis von 83 000 M. ganz ungewöhn-

1) ſ. civil. Archiv Bd. 59. S. 44.

lich und unerklärt billig sei. Er würde daher, wenn er das Haus erwerben wollte, bei einem Mietertrag von 4270 M. nicht bei einem Angebot von 75500 M. stehen geblieben sein, sondern sich dem wahren Werte genähert haben.

Noch ein weiterer Grund liegt vor, welcher bewirkt haben würde, daß der Kläger das Haus nicht um den billigen Preis von 75500 M. oder viel unter dem wirklichen Wert erhalten haben würde. Das Haus ist unwidersprochen als Geschäftshaus bezeichnet und als solches Gegenstand der Spekulation. Bei den Unterhandlungen waren Geschäftsagenten beteiligt, durch welche bekannt wird, daß ein Haus feil und um was dasselbe zu haben sei. Es wäre daher schon durch die Konkurrenz verhindert worden, daß der Kläger das Haus um den soweit unter dem wirklichen Wert liegenden Preis von 75500 M. hätte erwerben können.

IV. Immerhin ist aber zu beachten, daß die Grenzlinie des wahren Werts eine schwankende ist. Daß der Beklagte selbst annahm, die Täuschung über den Mietertrag habe bei dem Kläger noch Einfluß auf die Preisfestsetzung, geht daraus hervor, daß derselbe die Täuschung bis zum Abschluß des Vertrags aufrecht erhielt. Es darf daraus auch geschlossen werden, daß der Beklagte dem Kläger im Preis noch weiter entgegengekommen wäre, wenn der Kläger die volle Wahrheit gekannt hätte. Sichere Anhaltspunkte dafür, wie hoch der Preis bei Kenntnis der wirklichen Sachlage festgesetzt worden wäre, fehlen allerdings. Allein dies hat seinen Grund darin, daß zu bestimmen ist, was erfolgt wäre, wenn ein Ereignis nicht eingetreten sein würde. Es ist daher nach § 260 C.P.O. zu verfahren. Wenn erwogen wird, daß es sich bei dem Kläger nach dem oben angeführten nur um einen Irrtum über einen Mietertrag von ungefähr 160 M. handeln konnte, daß der Beklagte andererseits nur behaupten kann, es sei ihm von anderer Seite ein Gebot von 80000 M. gemacht worden, so erscheint der Betrag von 1600 M., welchen der Beklagte zurückzuerstatten hätte, als den Verhältnissen angemessen, sofern davon auszugehen war, daß Kläger und Beklagter sich in ihrem

Angebot und in ihrer Forderung noch gleichmäßig genähert haben würden.

Urteil des 1. Senats des O.L.Gerichts den 30. Dezbr. 1892 in Sachen Cl. c. L.

18.

Pacht eines Steinbruchs. Eigentums-Erwerb an ausgebrochenen Steinen.

Der Beklagte hatte von der klagenden Gemeinde, von der er seit 1866 Steinbrüche gepachtet hatte, mit Pachtverträgen von 1876 und 1879 gewisse Flächen in dem sog. westlichen Pfarrsteinbruch behufs Ausbeutung derselben zur Gewinnung von Steinen gepachtet. Die Pachtzeit endigte mit dem 31. Januar 1890.

In der zweiten Instanz handelt es sich nur noch darum, ob Beklagter berechtigt ist, 36 Steinblöcke, welche in dem fraglichen Steinbruch lagern, abzuführen und zu diesem Zweck, soweit dies notwendig ist, in dem Steinbruch zu zerkleinern. Diese Steinblöcke hat Beklagter (nach der Behauptung der Klägerin vom Frühjahr 1889 an, nach der des Beklagten im Herbst 1889) gebrochen und im Steinbruch auf „Lagern" zur Seite gewälzt. Klägerin hat beantragt: festzustellen, daß dem Beklagten das Recht nicht zustehe, die in dem Pfarrsteinbruch gelagerten Steine zu zerkleinern, wobei sie erklärte, die Abfuhr desjenigen, was ohne Zerkleinerung fortgeschafft werden könne, sei von ihr nicht gehindert worden und werde nicht gehindert.

Der erhobene Anspruch wurde nicht auf das Eigentum der Klägerin an den Felsblöcken gestützt, sondern auf ihr Recht, daß nach Ablauf der Pachtzeit der Pächter das gepachtete Objekt nicht mehr zu irgend einer ihrem Willen nicht entsprechenden Thätigkeit benützen dürfe.

Der Beklagte hat dagegen geltend gemacht, daß er Eigentümer der Felsblöcke geworden sei und demzufolge auch be-

rechtigt sein müsse, dieselben abzuführen, und, soweit andernfalls die Abfuhr nicht möglich wäre, im Steinbruch zu zerkleinern. Er hat demgemäß Abweisung der Feststellungsklage und widerklagend ein Urteil dahin beantragt, daß Klägerin Widerbeklagte für schuldig erklärt werde, ihm die Zerkleinerung der in dem früheren Pachtsteinbruch lagernden gebrochenen Steinblöcke, soweit diese zur Abfuhr notwendig sei, und die Abfuhr selbst zu gestatten.

Die Vorklage wurde abgewiesen und in der Widerklage dem Klagegesuch gemäß erkannt.

Gründe:

I. Die Ansicht des vorigen Richters: der Beklagte habe an den in Frage stehenden Steinblöcken nicht das Eigentum erworben, dieselben seien vielmehr unbewegliche Bestandteile des Grundstücks und demgemäß im Eigentum der Klägerin geblieben, ist unrichtig.

Das gemeine Recht, welches in diesem Punkte in Württemberg gilt, bestimmt unzweideutig, daß der Pächter eines Steinbruchs Eigentümer der von ihm dem Steinbruch entnommenen („exemti") Steine wird, falls nur die Entnahme nicht einem Verbot des Steinbruch-Eigentümers zuwider erfolgt ist; das nachträgliche Verbot des Steinbruch-Eigentümers, die entnommenen Steine abzuführen („evehere"), ändert an dem einmal erworbenen Eigentum des Pächters nichts: l. 6 Dig. de donat. 39, 5.

Daß Klägerin das Brechen der fraglichen Steinblöcke dem Beklagten, ehe dasselbe vollendet war, untersagt hätte, ist nicht behauptet. Der Beklagte ist daher Eigentümer derselben geworden, falls das Brechen als eine Entnahme im Sinne der Gesetze zu gelten hat.

Die Steine eines Steinbruchs sind — wenigstens wenn es sich um einen Steinbruchpacht handelt — als Früchte desselben anzusehen. Früchte gelten nach unserem Recht insolange als Bestandteile des Grundstücks, als sie mit demselben zusammenhängen; mit Auflösung der zwischen der Frucht und

dem Grund und Boden bestehenden Verbindung wird die Frucht eine selbständige bewegliche Sache [1]).

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob hienach nicht jeder Felsblock, sobald er nur aus der Verbindung mit dem Grund und Boden gelöst ist, eine bewegliche Sache (im Rechtssinn) geworden ist, auch wenn es ohne Zertrümmerung desselben für Menschen und Maschinenkraft nicht möglich sein sollte, ihn von der Stelle zu bewegen: denn im gegenwärtigen Fall steht die Eigenschaft der fraglichen Steinblöcke als beweglicher Sachen schon auf Grund der von der Klägerin selbst vorgetragenen Thatsache außer allem Zweifel, daß Beklagter „die Felsstücke im Steinbruch auf Lagern zur Seite gewälzt" hat. Wenn der vorige Richter meint: ein im Steinbruch auf Rollen zur Seite gewälzter Steinblock sei „ebensowenig als ein vom Boden getrenntes und durch Maschinen fortgeschobenes Haus" zur beweglichen Sache geworden, so ist übersehen, daß ein solches Haus zweifellos eine bewegliche Sache ist, solang es nicht wieder in Verbindung mit dem Grund und Boden gesetzt ist [2]). Wenn die fraglichen Steinblöcke mit den dem Beklagten zu Gebot stehenden Maschinen und Geräten und bei der Beschaffenheit der Abfuhrwege nicht ohne vorgängige Zerkleinerung transportiert werden können, so ist dies ohne Bedeutung; denn die Frage, ob ein Gegenstand den beweglichen Sachen zuzuzählen ist, entscheidet sich nach den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen und nicht darnach, ob im konkreten Fall der in Rede stehende Gegenstand wirklich auf beliebige Entfernungen fortbewegt werden kann.

Die fraglichen Steinblöcke sind also durch das Brechen seitens des Beklagten zweifellos bewegliche Sachen geworden und es hat derselbe eben damit das Eigentum an denselben erlangt.

II. Klägerin hat denn auch ihre Feststellungsklage in erster Instanz nicht auf ihr Eigentum an den Steinblöcken ge-

1) l. 61 § 8 Dig. furt. 47, 2, vgl. Wächter, W. P.R. II. § 37.

2) l. 60 Dig. d. a. r. d. 41, 1, vgl. Unger, System des östr. Privatrechts (2. Aufl.) I. S. 383—84.

stützt, wenn sie auch nebenbei die Meinung ausgesprochen hat, daß sie Eigentümerin derselben „sein dürfte"; sie hat insbesondere nicht — wenigstens nicht mit klaren Worten — geltend gemacht, daß das Eigentum an diesen Steinblöcken mit Ablauf der Pachtzeit an sie zurückgefallen sei. Es wäre auch nicht ersichtlich, worauf ein solcher Rückfall des Eigentums gegründet werden könnte; daß der zwischen den Parteien geschlossene Pachtvertrag eine Bestimmung in diesem Sinn enthalte, ist nicht behauptet; wenn das Uebereinkommen der Parteien vom 23.—26. April 1883 bestimmt: „Mit Ablauf der Pachtzeit müssen die Vorratsteine auf Verlangen der Gemeinde entfernt sein," so ist damit — wie immer diese Bestimmung im übrigen auszulegen sein mag — jedenfalls in keiner Weise gesagt, daß, falls die Steine bis zum Ablauf der Pachtzeit nicht abgeführt sein sollten, sie der Gemeinde anheimfallen: die Klägerin hat ja auch noch am 13. Februar 1890 beschlossen, daß Beklagter mit der Abfuhr seiner Vorratsteine „beginnen könne und müsse", sie hat also keineswegs den Heimfall dieser Steine in ihr Eigentum als Folge der Zuwiderhandlungen des Beklagten gegen die Vereinbarung vom 23.—26. April angesehen.

Indem Klägerin das Brechen der Steinblöcke unter den Gesichtspunkt der „ordnungswidrigen Perzeption" stellt, scheint sie nunmehr allerdings geltend machen zu wollen, daß der Beklagte an diesen, ihrer Meinung nach ordnungswidrig perzipierten Früchten, kein Eigentum erworben habe. Es kann indes dahingestellt bleiben, ob eine ordnungswidrige Perzeption seitens eines Pächters oder Nutznießers den Uebergang der betreffenden Früchte in das Eigentum desselben ausschließt, denn in dem Brechen der Steinblöcke lag mit nichten eine „ordnungswidrige Perzeption" seitens des Beklagten. Von einer solchen kann gesprochen werden, wenn von einer Sache „solche Früchte getrennt" werden, „welche ein ordentlicher Hausvater nach den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft nicht getrennt haben würde" (§ 988 E. B.G.B.), also z. B. wenn ein mit einem Landgut verpachteter Wald vor der Zeit vollständig abgeholzt wird. Um einen derartigen Fall handelt es sich

aber hier nicht. Dem Beklagten war der Steinbruch zur Ausbeutung auf beſtimmte Zeit verpachtet, er hatte zweifellos das Recht, innerhalb der Pachtzeit die ganze verpachtete Fläche bis auf den letzten Stein auszubrechen. Wenn die Klägerin ihm dieſes Recht nur unter der Vorausſetzung zugeſtehen will, daß er alle gebrochenen Steine in der Pachtzeit verwenden oder doch verarbeiten konnte, ſo iſt dies verfehlt: was Beklagter mit den von ihm gewonnenen Steinen anfieng, berührte die Klägerin in keiner Weiſe; wenn Beklagter während der ganzen Pachtzeit keinen einzigen Stein abgeſetzt oder bearbeitet, ſondern alle gebrochenen Steine unbearbeitet zum Steinbruch hinausgeführt und auf einem ihm gehörigen Platz gelagert hätte, ſo hätte er lediglich gethan, wozu er berechtigt war. Es iſt deshalb ganz gleichgültig, ob es üblich iſt, die Steine nur nach Bruchzetteln zu brechen; denn eine Abweichung des Beklagten von einer etwaigen derartigen Uebung würde nichts daran ändern, daß er Eigentümer der von ihm gebrochenen Steinblöcke geworden und geblieben iſt. Auch wenn Beklagter die Steine zu einer Zeit gebrochen hätte, wo er hätte vorausſehen müſſen, daß er ſie nicht mehr innerhalb der Pachtzeit aus dem Steinbruch werde fortſchaffen können, ſtand dies ſeinem Eigentumserwerb nicht im Wege. Wenn er übrigens, wie Klägerin behauptet, die 36 Steinblöcke „ſchon vom Frühjahr 1889 an" gebrochen hat, alſo viele Monate vor Ablauf der Pachtzeit, ſo ſpricht dies nicht dafür, daß er ſich ſchon zur Zeit des Brechens hätte ſagen müſſen, daß er dieſe Steine nicht bis 31. Januar 1890 aus dem Steinbruch entfernen könne.

III. Aus dem Eigentum des Beklagten an den Steinblöcken folgt deſſen Recht, dieſelben auch nach Ablauf der Pachtzeit aus dem Steinbruch wegzuſchaffen und diejenigen Handlungen in dem Steinbruch vorzunehmen, welche behufs Fortſchaffung der Blöcke notwendig ſind. Wenn Klägerin meint: nach Ablauf der Pachtzeit dürfe Beklagter den Pachtgegenſtand nicht mehr zu irgend einer ihrem Willen nicht entſprechenden Thätigkeit benützen, ſo läuft dies auf den Satz hinaus, daß nach Ablauf der Pacht- oder Mietzeit der Pächter oder

Mieter die ihm eigentümlich gehörigen, noch auf der gepachteten oder gemieteten Sache befindlichen Gegenstände nicht mehr an sich nehmen darf, wenn ihm der Verpächter oder Vermieter dies nicht gestattet; es würde also vom Belieben dieses letztern abhängen, ob der Pächter oder Mieter seines Eigentums thatsächlich verlustig gehen soll oder nicht.

Ein solcher Rechtssatz besteht nicht. Es hat vielmehr (nach den Grundsätzen der actio ad exhibendum) der Eigentümer eines Grundstücks, auf dessen Gebiet eine fremde bewegliche Sache sich befindet, dem Eigentümer der letzteren die zur Erlangung und Fortschaffung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten [1]). Klägerin hat demgemäß dem Beklagten die Abfuhr der 36 Steinblöcke und — soweit dies zum Zweck der Abfuhr notwendig ist — deren Zerkleinerung zu gestatten.

Dabei ist selbstverständlich, daß der Beklagte für allen Schaden aufzukommen hat, welchen Klägerin etwa infolge davon erleidet, daß er mit der Räumung des Steinbruchs in Verzug gekommen ist (ob dies in der That der Fall ist, kann im gegenwärtigen Rechtsstreit unentschieden bleiben). Klägerin konnte im voraus Sicherheit wegen dieses Schadens verlangen [2]), sie kann jedenfalls noch jetzt Ersatz des etwa thatsächlich für sie durch Verzögerung der Räumung entstandenen Schadens beanspruchen: sie hat daher in ihrem Schreiben vom 17. Dezember 1889 und 7. Januar 1890 sich ganz auf den richtigen Standpunkt gestellt, indem sie rechtzeitige Wegschaffung der gebrochenen Steine verlangte und bei Verzögerung der Räumung eine Schadensersatzforderung in Aussicht stellte, und erst durch den Beschluß vom 13. Februar 1890, wodurch dem Beklagten die Abfuhr der Steinblöcke untersagt wurde, hat sie diesen korrekten Standpunkt verlassen.

Es steht der Klägerin auch — mindestens falls Beklagter die

1) l. 5 § 2—5; l. 9 § 1; l. 15 Dig. 10, 4; l. 25 Dig. 19, 1; l. 16 pr. D. 19, 5 (vgl. Baugerow, Pandekten 7. Aufl. § 707 III, 1; Windscheid, Pandekten § 474; E. B.G.B. § 867).

2) vgl. l. 5 § 4 D. 10, 4.

Fortschaffung der Steinblöcke ungebührlich verzögert — frei, die Steine ihrerseits — unter Vorbehalt des Ersatzes der entstehenden Kosten durch den Beklagten — aus dem Steinbruch hinausschaffen zu lassen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 5. Dezember 1890 in Sachen des Werkmeisters Schaal c. die Gemeinde Neuenhaus.

19.

Verpflichtung eines Angewiesenen aus der Annahme der Anweisung.

Der Schreiner W. hat die Schreinerarbeiten an dem Neubau der Beklagten im Akkord übernommen. Er verpflichtete sich mit der Arbeit bis 1. April fertig zu werden bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von 10 M. für den Tag. Nach dem Ueberschlag betrug die von ihm zu verdienende Akkordsumme 3000 M. Das zu den Akkordarbeiten nötige Holz bezog Schreiner W. von dem Kläger und er stellte deshalb diesem eine Anweisung auf die Beklagten aus, worin diese ersucht werden, dem Kläger von der noch zu verdienenden Akkordsumme von 3000 M. den Betrag von 1600 M. auszubezahlen. Auf Verlangen des Klägers haben die Beklagten diese Anweisung angenommen unter Vorbehalt ihrer Rechte aus einer etwaigen Verspätung des W. Der Schreiner W. wurde erst nach dem 1. April fertig und es betrug die verwirkte Strafe 300 M. Obwohl diese Strafe schon verfallen war und die Beklagten dies wußten, zahlten sie am 1. Mai dem Schreiner W. sein ganzes Guthaben von restlichen 1400 M. ohne Abzug der Konventionalstrafe aus, dem Kläger aber bezahlten sie statt 1600 M. nur 1300 M. und rechneten gegen dessen weitere Forderung von 300 M. die Vertragsstrafe auf. Die Beklagten wurden zur Zahlung der 300 M. an den Kläger verurteilt.

Gründe:

Es ergiebt sich aus den Umständen, daß der Kläger, welcher dem Schreiner W. das zur Ausführung der für den Hausbau der Beklagten übernommenen Schreinerarbeiten nötige Holz liefern sollte, durch diese Anweisung und die Annahme derselben durch die Beklagten soweit als möglich um seine Kaufschillingsforderung sicher gestellt werden sollte. Der Kläger sollte nicht genötigt sein, sich an den Schreiner W. zu halten, sondern seine Befriedigung aus dem Guthaben des W. von den Beklagten erhalten. Der regelmäßige Zweck einer Anweisung, die Erleichterung der Auszahlung bei mehreren Verbindlichkeiten, tritt im vorliegenden Fall zurück, wo sämtliche Beteiligte am gleichen Orte sich befinden. Die Beklagten führen selbst an, daß der Schreiner W. vermögenslos sei und daß dies dem Kläger ebensowohl, wie ihnen, bekannt gewesen sei. Die Anweisung und die Annahme derselben erfolgten zu einer Zeit, als das Guthaben des W. noch nicht fällig war. Es sollte also dafür gesorgt werden, daß nicht Schreiner W. den betreffenden Betrag einziehen könne, sondern daß derselbe dem Kläger zukomme, und dies sagen die Beklagten auch ausdrücklich, indem sie in dem Brief vom 6. Juni 1889 an den Kläger schreiben, sie haben sich gegenüber von W. zu sichern gesucht „wie Sie ja auch gegenüber von W. eine Sicherheit verlangten." Hieraus folgt, wie dies auch von den Beklagten nicht beanstandet ist, daß der Kläger durch die Annahme der Anweisung gegenüber von den Beklagten ein selbständiges von dem Widerruf des Anweisenden unabhängiges Recht auf Ausbezahlung des bezeichneten Betrags und zwar aus dem von W. bei den Beklagten noch zu verdienenden Guthaben erwerben sollte.

Durch die Annahme einer Anweisung, welche in dieser Weise dem Anweisungs-Empfänger gegenüber erfolgt, verpflichtet sich der Angewiesene, der Weisung des Anweisenden entsprechend, dasjenige, was er dem Anweisenden schuldet oder schulden wird, nicht an den Anweisenden, sondern an den Anweisungs-Empfänger zu bezahlen, und es haftet der Angewiesene aus der Annahme der Anweisung dem Anweisungs-

Empfänger für ſorgſame Ausführung der Anweiſung. Hienach kann, wenn nur ein gewiſſer Betrag von einem größeren Guthaben angewieſen wird, der Anweiſende inſolange nichts von letzterem erhalten, als nicht der Anweiſungs-Empfänger um die angewieſene Summe befriedigt iſt. Es muß ſomit der Anweiſungs-Empfänger in der Befriedigung aus jenem Guthaben dem Anweiſenden vorgehen. Vermindert ſich das Guthaben des Anweiſenden gegenüber von dem Angewieſenen auf irgend eine Weiſe, ſo hat der Anweiſende und nicht der Anweiſungsempfänger um ſo viel weniger zu erhalten und es kann ſich der Angewieſene, welcher die Anweiſung angenommen hat, dem Anweiſungs-Empfänger gegenüber nicht darauf berufen, das Guthaben des Anweiſenden habe ſich vermindert, ſoweit dieſes Guthaben überhaupt noch zur Deckung des angewieſenen Betrags hinreicht.

Die Beklagten berufen ſich auf die ihrer Annahmeerklärung beigefügte Einſchränkung, wonach ſie ſich zur Zahlung von 1600 M. nur dann verpflichtet haben „wenn W. ſeinen Pflichten im Termin nachkomme.“ Hiemit iſt Bezug genommen auf den von den Beklagten mit W. abgeſchloſſenen Akkordvertrag vom 20. November 1888, wonach W. bis 1. April bei Vermeidung einer Strafe von 10 M. für den Tag hätte fertig ſein müſſen. W. ſei jedoch ſeinen Pflichten im Termin nicht nachgekommen; er habe erſt am 30. April ſeine Arbeiten beendet und hienach eine Strafe von 300 M. verwirkt.

Wenn dies als richtig unterſtellt wird, ſo haben die Beklagten das Recht erlangt, dem Schreiner W. von ſeinem Guthaben denjenigen Betrag zu ihrer Sicherung, beziehungsweiſe Deckung zurückzubehalten, welchen der Akkordant durch Verwirkung der Konventionalſtrafe ihnen ſchuldig geworden iſt, und ſie wurden auch ihrem Vorbehalt gemäß berechtigt, dieſes Recht der Zurückbehaltung nötigenfalls auch dem Kläger gegenüber geltend zu machen.

Allein die Beklagten ſind nicht befugt, dasjenige, was der Akkordant W. ihnen aus der Strafberedung ſchuldig geworden iſt, dieſem *nicht* abzuziehen, demſelben vielmehr trotz dieſer

Gegenforderung sein Guthaben vollständig auszubezahlen, dagegen diese Gegenforderung nun dem Kläger in Rechnung zu bringen. Indem sie dies thun, handeln sie vertragswidrig, weil sie den Anweisenden vor dem Anweisungs-Empfänger befriedigen. Es widerspricht dem oben dargelegten beiderseits beabsichtigten Zweck der Anweisung, wonach der Kläger von den Beklagten unmittelbar Befriedigung erhalten solle, damit er nicht genötigt sei, sich an den Schreiner W. zu halten, wenn die Beklagten die baren Mittel dem Letzteren ausfolgen, den Kläger aber durch Vorschützen einer ihnen gegen den Schreiner W. zustehenden Gegenforderung zwingen wollen, seine Befriedigung wieder bei dem Empfänger des gelieferten Holzes, dem Schreiner W., zu suchen.

Als die Beklagten dem Schreiner W. sein Guthaben ausfolgten, wußten sie bereits, daß dieser ihnen 300 M. aus der Strafberedung schuldig geworden war, und sie konnten diesen ihren Anspruch dadurch befriedigen, daß sie den Betrag an dem Guthaben des W. abzogen. Der Grund, warum von dem Verdienstguthaben des W. für den Kläger nicht so viel mehr übrig blieb, als nötig, liegt also nicht darin, daß Schreiner W. seinen Pflichten im Termin nicht nachgekommen ist, und daß die Beklagten berechtigt wurden, ihm 300 M. abzuziehen, sondern die Ursache war, daß die Beklagten ohne jede Rücksichtnahme auf die angenommene Anweisung und ihre Verpflichtung aus dieser an W. ausbezahlten, was sie für gut fanden, während der Kläger mit 300 M. vor dem Schreiner W. zu befriedigen gewesen wäre. Dem Vorstehenden zufolge können die Beklagten der Klage nicht entgegenhalten, es sei von dem Guthaben des W. nichts mehr vorhanden, beziehungsweise, es diene das Vorhandene zur Deckung der Konventionalstrafe, weil der Eintritt dieser Thatsache auf ihrer eigenen schuldhaften und vertragswidrigen Handlungsweise beruht. Die Beklagten konnten und mußten es daher mit den Abschlagszahlungen an ihren Akkordanten so einrichten, daß sie noch den Kläger um seine restlichen 300 M. befriedigen konnten.

Hienach sind die Beklagten schuldig, dem Kläger 300 M. zu bezahlen.

Urteil des I. Civilsenats des O.L.Gerichts v. 14. April 1890 in Sachen Mayer c. Geißler.

20.

Unklagbarkeit der Spielschulden und eines zum Spielen gegebenen Darlehens.

Der Kläger klagt einen Wechsel gegen den Beklagten ein, welchen dieser dem ersteren für ein zum Spiel gegebenes Darlehen ausgestellt hat. Der Beklagte macht die Unklagbarkeit dieser Schuld geltend. Der Kläger trägt über den Hergang bei Hingabe des Darlehens vor: der Kläger habe dem Beklagten zunächst 200 M. geliehen, aber nicht um ihn zum Spiele anzureizen; es sei dann auf Verlangen des Beklagten weiter gespielt worden, wobei Kläger die 200 M. dem Beklagten abgewonnen habe. Kläger habe sodann dem Beklagten die 200 M. wieder geliehen und wiederum demselben abgewonnen. Dieser Vorgang habe sich fünfmal wiederholt; und so sei der Beklagte dem Kläger zusammen aus Darlehen 1000 M. schuldig geworden. Der Kläger habe hiebei dem Beklagten, der „um im Spiel mit dem Kläger ordentlich setzen zu können," ein Anlehen von 200 M. begehrt habe, das Geld mit dem Bemerken geliehen: „Beklagter könne mit dem Gelde machen, was er wolle; er brauche nicht weiter zu spielen;" hiebei habe der Kläger gehofft, daß der Beklagte nicht weiter spielen, sondern das Geld zu andern Zwecken verwenden werde. Nur auf das besondere Verlangen des Beklagten habe Kläger mit demselben weiter gespielt, und ihm hiebei das ihm geliehene Geld wieder abgenommen. Für die dem Beklagten auf fünfmal geliehenen 1000 M. seien 2 vom Kläger auf den Beklagten über je 500 M. ausgestellte Wechsel von dem Beklagten acceptiert worden; einer dieser Wechsel sei der Klagewechsel.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

I. Der Kläger hat in erster Instanz wohl zugegeben, daß er mit dem Beklagten das Spiel „Häufeln", ein Hazardspiel [1]), einmal gespielt habe, wobei Beklagter 1300 M. verloren habe; er hat aber nicht zugegeben, daß der eingeklagte Wechsel über ein Darlehen zum Häufelnspiel ausgestellt worden sei. Irrig ist auch die Annahme des vorigen Richters, daß, was die Frage von der Klagbarkeit einer Spielschuld oder eines Darlehens auf Spiel betrifft, es nach württ. Recht einen Unterschied begründe, ob das Spiel, zu welchem geliehen wird, ein Hazardspiel ist, oder nicht, und ob es hoch oder niedrig (als geselliges Unterhaltungsspiel) gespielt wird.

II. Nach römischem Recht ist der Spielvertrag, abgesehen von certamine pro virtute, überhaupt ein unwirksames Rechtsgeschäft. Der Verlierende kann, selbst wenn er im Bewußtsein, daß er nicht schuldig ist, zu zahlen, Zahlung leistet, das Gezahlte kondizieren. D. 11, 5. l. 2—4.

Nach deutschem Gewohnheitsrecht kann dagegen das beim Spiel selbst bar bezahlte nicht zurückgefordert werden [2]). Diesem Gewohnheitsrecht folgt auch die 6. württ. Landes-Ordnung von 1567, und die neueste 7. Landes-Ordnung von 1621, in welcher auch der (nach gemeinem Recht [3]) bedenkliche) Satz, daß auch das zum Spiel geliehene Geld nicht zurückgefordert werden kann, enthalten ist. Nach Tit. 98 § 3 „soll dem, der auf Borg verspielt oder auf Spiel geliehen wird, kein Gericht darauf erkennen, auch die Amtleut hierum keine Bezahlung gestatten sollen."

Hienach sind alle Spiele auf Borg unwirksam; und es kann, wenn der Verlierende später zahlt, das Gezahlte zurückgefordert werden; (wogegen das beim Spiel bar bezahlte nicht

1) Vgl. General-Reskript v. 25. November 1793.

2) Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. II S. 180; Gerber § 193. Stobbe III § 335 und S. 341 (dies ist auch der Standpunkt des Entw. des D. B.G.B. § 664 siehe nun 2. Lesung § 704.)

3) Vgl. Windscheid § 420 Note 7. Wächter, Pand. II. S. 487.

zurückgefordert werden kann). Denn „die Amtleute sollen keine Bezahlung des auf Borg Verspielten gestatten.“

Ebenso soll nicht auf Rückgabe des zum Spiel Entlehnten erkannt werden; und es soll die Zahlung des Geliehenen nicht gestattet, also wenn das zum Spiel Entlehnte zurückbezahlt wird, der Darleiher angehalten werden, das ihm zurückbezahlte Geld dem Darlehensempfänger zurückzugeben.

Voraussetzung ist hiebei, daß der Empfänger des Darlehens das Geld im Spiele verloren hat. Denn die Gleichstellung des Leihens auf Spiel mit dem Spiele auf Borg bezweckte nur, einer Umgehung des für das Spiel auf Borg bestehenden Verbotes entgegenzutreten, nicht aber, daß der Empfänger des Darlehens, wenn er im Spiele nicht verliert oder gar gewinnt, nun das als Darlehen Erhaltene lucriere [1]).

Zwar wird vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus für die gegenteilige Ansicht angeführt, daß es sich um die Teilnahme an einer verbotenen, mit Strafe bedrohten Handlung handle, und deshalb das Geld in keinem Falle zurückgefordert werden könne. Dieser Gesichtspunkt trifft aber auch beim Hazardspiel, wenn es nicht gewerbsmäßig betrieben wird, nicht mehr zu. Während nämlich nach dem Württemb. Polizeistrafgesetz von 1839 Art. 83 nur Hazardspiele um sofort zu verzehrende Eß- oder Trinkwaren straflos waren, ist, seitdem das R.StrafG.B. in Württemberg in Kraft getreten ist, nur noch das gewerbsmäßige Hazardspiel (§ 284) mit Strafe bedroht.

III. Da der Kläger nun zugiebt, daß er das Geld, das der Beklagte von ihm zum Spiel entlehnte, dem Beklagten wieder abgewonnen habe, und es sich sonach effektiv um das Kreditieren eines Spielverlustes handelte, so ist auch die Einrede, daß das dem eingeklagten Wechsel zu Grund liegende Schuldverhältnis unwirksam und unklagbar sei, begründet.

---

1) Vgl. Lauterbach, coll. Pand. XI. 5 § 16; Windscheid § 420 Note 7; R.O.H.G. Bd. 25. S. 291.

Unrichtig ist die Ansicht, daß ein Darlehen zum Spiel nur dann unklagbar sei, wenn ein Spieler den Andern, um desto mehr zu gewinnen, durch Darlehen zum Spiel anreize[1]). Es genügt, daß der Darleiher weiß, daß der Andere mit dem entlehnten Gelde spiele. Es kommt also darauf nicht an, ob der Kläger, wie er zur Begründung der Berufung ausführt, bei Hingabe des Darlehens geäußert hat, Beklagter könne mit dem Gelde machen, was er wolle, er brauche nicht weiter zu spielen, ob der Kläger bei Hingabe des Darlehens gehofft hat, der Beklagte werde nicht weiter spielen, und ob der Beklagte den Kläger zum Spiele veranlaßt hat. Nachdem der Beklagte das Geld zum Spiele durch das ihm vom Kläger gegebene Darlehen erlangt, und das Geld im Spiel an den Kläger, der wußte, daß Beklagter mit dem entlehnten Geld spiele, verloren hat, liegt die Sache ganz ebenso, wie wenn Beklagter durch Spiel auf Borg dem Kläger Geld schuldig geworden wäre. Dies tritt klar zu Tage, insbesondere weil Kläger dem Beklagten dieselben 200 M. fünfmal geliehen und ebenso oft demselben wieder abgewonnen hat.

Hienach war die Klage abzuweisen.

Urteil des 1. Civil-Senats des O.L.Gerichts vom 3. Juli 1891 in Sachen von O. c. S.

21.

Passivlegitimation bei dem Anspruch der Witwe eines Offiziers auf Pension.
Bezieht sich die Ausschlußfrist auch auf die nach Württembergischen Bestimmungen zu gewährende Pension?

Der am 10. Oktober 1887 verstorbene pensionierte Oberstlieutenant N. hat, nachdem das R.Ges. vom 17. Juni 1887, betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen von Angehörigen des Reichsheeres ꝛc. in Kraft getreten war, in den

1) Holzschuher, Th. u. Kas. 2. Aufl. Bd. III S. 887.

Urkunden vom 18. Juli und 6. Oktober 1887 den Austritt aus der Württ. Landesanstalt für Versorgung der Hinterbliebenen der Offiziere ꝛc. erklärt.

Die Witwe des N., welche nach dem Tode ihres Ehemanns um Gewährung des ihr nach dem R.Ges. vom 17. Juni 1887 zukommenden Witwengeldes gebeten und dasselbe mit jährlichen 1162 M. vom Dezember 1887 an verwilligt erhalten hat, dagegen mit ihrem im Februar 1890 gestellten Gesuche ihr nachträglich auch nach den württembergischen Normen eine Witwenpension zu verwilligen, durch den Erlaß des K. Kriegs-Ministeriums vom 9. Mai 1890 abgewiesen worden ist, hat sodann den Rechtsweg betreten, und es hat auf ihre Klage die Civilkammer des K. Landgerichts am 24. Februar 1891 das Urteil verkündet:

„Der Beklagte, der K. Württemb. Fiskus, vertreten durch „die Intendantur des XIII. (K. Württ.) Armeekorps, ist schul„dig, an die Klägerin als Witwenpension vom 1. Dezember „1887 ab bis zu ihrem Tode jährlich 695 M. 99 Pf., zahlbar „in monatlichen Raten am Schlusse jeden Monats, zu bezahlen „und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen."

Gegen dieses Urteil hat der K. Württ. Militärfiskus, vertreten durch die Intendantur des XIII. Armeekorps, die Berufung erhoben.

Im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgerichte erklärten die beiderseitigen Anwälte übereinstimmend, als Beklagter sei nicht etwa der württ. Landesfiskus, sondern der Militärfiskus nach den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen, der für Rechnung und in Vertretung des Reichs durch die Landeskontingentsverwaltung (das württ. Kriegsministerium) administriert werde, also der durch die Landeskontingentsverwaltung vertretene Reichs-(militär)fiskus zu betrachten; und die Benennung des K. Württ. Kriegs-Ministeriums, des K. Württ. Fiskus, sowie die Nennung des „K. Württ. Militärfiskus" sei nur eine inkorrekte Bezeichnung des Beklagten, die sodann mit den Worten: „K. Württ. Fiskus" auch in das erstrichterliche Urteil übergegangen sei.

Seitens des Berufungsklägers wurde vorgetragen, der Anspruch der Klägerin sei ausgeschlossen, weil sie ihn zu spät geltend gemacht habe, sodann sei N. aus der Württemb. Landesanstalt für Versorgung der Hinterbliebenen der Offiziere ausgetreten, wogegen sich die Klägerin darauf berief, bei dieser Erklärung sei N. schon geisteskrank gewesen.

Die Berufung wurde verworfen.

Gründe:

I. 1) Wie das Reichsgericht Bd. 20 S. 148 ausgeführt hat, giebt es (von Bayern abgesehen) einen Landesmilitärfiskus nicht, sondern nur einen Reichsmilitärfiskus; andererseits giebt es keine Reichsmilitärverwaltung, sondern nur Kontingentsverwaltungen der Einzelstaaten, in welcher Beziehung, da die übrigen Einzelstaaten durch Konventionen die Militärverwaltung an Preußen übertragen haben, nur die Kontingentsverwaltung von Sachsen und Württemberg neben der von Preußen in Betracht kommt, welche je dem betreffenden Kriegsministerium obliegt. Die Kriegsministerien von Preußen, Sachsen und Württemberg führen die Militärverwaltung zwar selbständig, aber für Rechnung und in Vertretung des Reichs. Die Vertretung der württ. Kontingentsverwaltung in Privatrechtsstreitigkeiten ist der Intendantur des XIII. (Württemb.) Armeekorps übertragen. (Verfügung vom 16. Dezemb. 1875 Reg.Bl. S. 613).

2) Der Anspruch der Offizierswitwen auf Pension nach den württ. Normen ist ein dem Offizier selbst erworbenes Recht, nicht bloß ein nach seinem Tode für die Witwe entstehendes Recht. Die Verpflichtung zur Gewährung einer solchen Pension trifft also den Reichs-Militärfiskus, der auf Grund der Verfassung des Deutschen Reichs für die aus der Militärverwaltung sich ergebenden vermögensrechtlichen Beziehungen an die Stelle des Landesfiskus getreten ist. Es bestand in Württemberg insbesondere nicht eine eine selbständige juristische Person bildende Militärwitwenpensionskasse. Demgemäß laufen auch die Pensionen der Witwen von württ. Offizieren nach den württ. Landesgesetzen als Ausgabeposten im Reichshaushalts-

etat und nicht im württ. Finanzetat. In den letzteren wird vielmehr nur zur Bestreitung des Aufwands *für die Verbesserung* von Pensionen der Offiziere 2c., sowie der Hinterbliebenen von solchen ein Betrag aufgenommen, welchen das Finanz-Ministerium an das Kriegs-Ministerium, welchem die Landeskontingentsverwaltung obliegt, abzugeben hat, und über dessen Verwendung in abgesonderter Rechnung der Landesvertretung Nachweis zu geben ist [1]).

3) Hienach besteht über die Person des Beklagten kein Zweifel; vielmehr liegt nur eine unrichtige Bezeichnung des Beklagten durch die Parteivertreter und das Gericht erster Instanz vor, die nicht zur Abweisung der Klage wegen mangelnder Passivlegitimation führen kann [2]). Es unterliegt deshalb keinem Anstand, gemäß der in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht übereinstimmend abgegebenen Erklärung der Parteivertreter den durch die Intendantur des XIII. (Württ.) Armeekorps vertretenen (Reichs-)Militärfiskus als den Beklagten im Urteile zu nennen.

II. Wenn auf den Pensionsanspruch der Klägerin die Bestimmungen des R.Ges. vom 17. Juni 1887 § 34, resp. das R.Ges. vom 27. Juni 1871 § 114, zur Anwendung zu kommen hätten, so wäre die Klägerin abzuweisen. Denn nach § 114 cit. muß die Klage bei Verlust des Klagerechts innerhalb 6 Monaten, nachdem dem Kläger die endgültige Entscheidung der Militärverwaltungsbehörde bekannt gemacht worden, angebracht werden. Hiebei handelt es sich um eine sog. Ausschlußfrist, deren Einhaltung die Bedingung für die Existenz des Klagerechts ist und also von der klagenden Partei nachzuweisen ist [3]). Die Frist wäre nämlich zu rechnen

---

1) Württ. Ges. vom 7. Februar 1874 (Reg.Bl. S. 130), vom 7. Juli 1875 (Reg.Bl. S. 393) und vom 18. Mai 1876 (Reg.Bl. S. 182).

2) Vgl. R.G. Bd. 15. S. 145.

3) Vgl. Urteil des pr. Obertribunals vom 7. März 1879 in der auf Veranlassung des preuß. Kriegsministeriums herausgegebenen Sammlung der Militärgesetze des Deutschen Reichs mit Erläuterungen. 2. Aufl., Bd. 2 Art V. S. 257, *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reichs.

von dem Zeitpunkt an, in welchem der Klägerin die Feststellung ihres Witwengelds durch das Kriegsministerium, welche durch Erlaß vom 3. exped. am 6. Dezember 1887 erfolgt ist, bekannt wurde [1]), und daher zweifellos versäumt.

Allein der § 34 des R.Ges. vom 17. Juni 1887, betreffend die Fürsorge für die Witwen ꝛc. von Angehörigen des Reichsheers lautet: „Ueber die auf Grund dieses Gesetzes erhobenen Ansprüche auf Witwen- und Waisengeld findet der Rechtsweg, und zwar, soweit nicht die Bestimmungen der § 149 ff. des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 Platz greifen, mit denselben Maßgaben statt, welche für die gerichtliche Geltendmachung von Pensionsansprüchen des beitragspflichtigen Ehemanns vorgeschrieben sind." Der von der Klägerin erhobene Anspruch wird aber nicht auf das R.Ges. vom 17. Juni 1887, sondern auf württ. landesrechtliche Normen gestützt; und das R.Ges., welches in § 26 nur den Austritt aus der Landesanstalt unter der daselbst bezeichneten Voraussetzung gestattet, enthält keine Bestimmung, wodurch für die landesrechtliche Witwenpension eine neue gesetzliche Grundlage geschaffen wäre.

Die Klägerin ist also ihres Klagerechtes nicht verlustig geworden.

III. Daß der verstorbene Ehemann der Klägerin sowohl zur Zeit der Abgabe der Erklärung am 6. Oktober 1887, als auch schon bei Abgabe der Erklärung vom 18. Juli 1887, wodurch er auf das Anrecht seiner Witwe auf Pension nach den württembergischen Normen verzichtete, in einem Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit sich befand, ist außer Zweifel.

Dies wird ausgeführt; sodann heißt es: Richtig ist nun allerdings, daß durch eine krankhafte Störung der Geistesthätigkeit die freie Willensbestimmung nicht ohne weiteres für jede Handlung des Kranken juristisch als ausgeschlossen gelten kann, sondern nur dann, wenn ein Zusammenhang zwischen

2. Aufl., Bd. II. S. 761 Note 4, Dernburg, Pand. I. § 144 a. E., Dernburg, preuß. Pr.R. I, S. 399.

1) Vgl. R.O. H.G. Bd. 24 S. 411.

der Geiſteskrankheit und der Handlung als nachgewieſen erſcheint. Geiſteskranke, die partiell krank, aber von ihrer fixen Idee abgeſehen bei Vernunft ſind, ſind inſoweit, als ihre Vernunft reicht, handlungsfähig [1]). Richtig iſt auch, daß N. in den zwei Urkunden vom 18. Juli und 6. Oktober 1887 in einer äußerlich zu keinem Bedenken Anlaß gebenden Weiſe ſeine Wahl zwiſchen verſchiedenen rechtlichen Möglichkeiten getroffen hat. Der Sachverſtändige äußert aber, „dieſe Thatſache beweiſt gar Nichts angeſichts der Erfahrung, daß häufig vollkommen verrückte und geiſtesunfreie Menſchen die formal korrekteſten Schriftſätze zu leiſten im Stande ſind.“ Es wird nun aber weiter dargelegt, daß die von N. getroffene Wahl, aus der Württ. Penſionsanſtalt auszutreten, mit ſeinen Wahnvorſtellungen im Zuſammenhang geſtanden ſei und die betreffenden Erklärungen daher nichtig ſeien.

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 1891 in Sachen Militärfiskus c. v. S.

22.

Beweiskraft eines Beibringens-Inventars.

Die geſchiedene Ehefrau des Beklagten verlangt von dieſem ihr Beibringen zurück. In der Beibringensinventur der Eheleute ſind unter der Rubrik „Beibringen der Ehefrau“ eine Reihe von Fahrnisſtücken und von Forderungen aufgeführt. Der Ehemann behauptet, das Vermögen der Ehefrau ſei nicht ſo groß geweſen und die Ehefrau habe dasſelbe ſelbſt in der Hand behalten und ihm nicht übergeben.

In den Gründen des verurteilenden Erkenntniſſes wird hierüber bemerkt:

Es iſt bewieſen, daß die Ehefrau des Beklagten bei Eingehung der Ehe mit dem Beklagten den Betrag von 6 831 M. 72 Pf. in die eheliche Geſellſchaft eingebracht hat. In dem

1) Dernburg, Pandekten I. § 56.

Beibringens-Inventar vom 29. September 1886 ist dies ausdrücklich gesagt, und es ist dieses Inventar von dem Ehemann anerkannt und unterzeichnet. Das Beibringens-Inventar ist dazu bestimmt, für den Fall der Auflösung der Vermögensgemeinschaft dem Ehegatten den Beweis des Einbringens in die eheliche Gesellschaft zu sichern. Indem ein Ehegatte das Inventar anerkennt, anerkennt er damit, daß der andere Teil seiner Zeit berechtigt ist, das in dem Inventar angegebene Vermögen aus der Gemeinschaft vorbehältlich des Gegenbeweises zurückzufordern. Ein weiterer Beweis des Einbringens kann nicht verlangt werden, insbesondere nicht der Beweis der Uebergabe jedes einzelnen Vermögensstücks an den Ehemann. Denn die Illation des Vermögens der Ehefrau geschieht gewöhnlich ganz unförmlich und unmerkbar und es muß die Kenntnis des Ehemanns von dem Vermögen der Ehefrau genügen, weil er nun in den Stand gesetzt ist, dasselbe in seine Verwaltung zu übernehmen und die Vermutung dafür streitet, daß er es gethan habe [1]).

Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 25. November 1892 in Sachen Klinger c. Studenmund.

23.

Gewahrsam an den Waren einer in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Handelsfrau.

Die Beschwerdeführerin ist Handelsfrau und betreibt in Möhringen unter der Firma W. ein Warengeschäft. Die Handwerkerbank zu N., welcher gegen den Ehemann der Beschwerdeführerin, Kaufmann Gustav B., aus Bürgschaft eine Forderung im Betrag von 13 134 M. zusteht, hat das in dem Hause, welches die Beschwerdeführerin mit ihrem Ehemann bewohnt, befindliche Warenlager pfänden lassen. Die Ehefrau

1) Vgl. den Entwurf eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft für Württemberg, § 89 und S. 109.

erhob Beschwerde, worauf das Amtsgericht die Pfändung als unstatthaft aufhob. Die Civilkammer des Landgerichts erachtete die Pfändung als zulässig, weil die Waren vermöge seines Verwaltungsrechts im Gewahrsam des Ehemannes seien, wogegen das Oberlandesgericht den Beschluß des Amtsgerichts wiederherstellte.

Gründe:

Die Beschwerdeführerin war zu einer Einwendung im Sinne des § 685 C.P.O. berechtigt, obwohl die Zwangsvollstreckung nicht eine gegen sie bestehende Schuld, sondern eine solche ihres Ehemanns betrifft. Denn nach dem Wortlaut des § 685 C.P.O. sind Einwendungen dritter Personen, welche durch die Zwangsvollstreckung betroffen werden, nicht ausgeschlossen und ein innerer Grund dafür, solche Personen stets auf den Weg der Klage zu verweisen, liegt nicht vor, auch wäre der § 690 C.P.O. nicht in allen derartigen Fällen anwendbar, da ein Dritter berechtigt sein kann, einer Zwangsvollstreckung zu widersprechen, ohne daß ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht.

Eine Einwendung der in § 685 C.P.O. bezeichneten Art liegt vor, sofern die Beschwerdeführerin geltend macht, daß anläßlich der gegen ihren Ehemann gerichteten Zwangsvollstreckung Gegenstände gepfändet worden seien, welche sich in ihrem Gewahrsam befunden haben und welche herauszugeben sie nicht bereit war. Eine derartige Pfändung ist gemäß §§ 712. 713 C.P.O. unzulässig, die Einwendung richtet sich also gegen ein den civilprozessualischen Vorschriften zuwiderlaufendes Vorgehen des Gerichtsvollziehers, somit gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung.

Die Beschwerdeführerin ist — wie seitens der Handwerkerbank nicht bestritten wird — Handelsfrau; sie ist seit 1882 alleinige Inhaberin der Firma W. in Möhringen; in die 1885 eingegangene Ehe mit ihrem jetzigen Ehemann hat sie „Fahrnis incl. Warenlager“ im Wert von 16 558 M. eingebracht; ihr Ehemann ist — wie derselbe anläßlich der Ableistung des Offenbarungseids angegeben hat — im Geschäft seiner Ehefrau

mit einem Jahresgehalt von 600 M. als Geschäftsführer angestellt. Die Eheleute lebten bis 1889 in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft; ob dieselbe seither aufgelöst worden ist, kann dahingestellt bleiben.

Die Waren einer Handelsfrau können wegen einer Schuld derselben gepfändet werden ohne Rücksicht auf einen etwaigen Widerspruch des Ehemanns derselben, welcher mit ihr in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebt. Denn der Ehemann, welcher die Veräußerung und Verpfändung dieser Gegenstände nicht verhindern kann (Art. 11 Abs. 1 des württ. E.G. zum H.G.B.), ist nicht berechtigt, sich der Pfändung derselben wegen einer Schuld der Handelsfrau zu widersetzen. Hätte nun der Ehemann den Gewahrsam an den Waren, so würde seine Weigerung, die Waren herauszugeben, deren Pfändung verhindern; der Gläubiger der Handelsfrau müßte dann den Anspruch der Ehefrau auf Herausgabe der Waren pfänden und sich überweisen lassen: von einem solchen Anspruch der Ehefrau auf Herausgabe an sie kann aber keine Rede sein inbetreff von Waren, über welche sie als Handelsfrau rechtlich und thatsächlich zu verfügen in der Lage und in erster Linie, wenn nicht allein, berechtigt ist.

Muß aber angenommen werden, daß der Widerspruch des Ehemanns einer Handelsfrau die Pfändung von Waren des Handelsgeschäfts wegen einer Schuld der Ehefrau nicht zu verhindern vermag, so ergibt sich hieraus, daß diese Waren als im Gewahrsam der (Handels)-Ehefrau befindlich gelten müssen. Im vorliegenden Fall befanden sich also die vom Gerichtsvollzieher gepfändeten, einen Teil des Warenlagers der Firma W. bildenden Waren im Gewahrsam der Beschwerdeführerin, welche zu deren Herausgabe nicht bereit war.

Unerheblich ist, daß der Ehemann der Beschwerdeführerin als solcher und in seiner Eigenschaft als Angestellter im Geschäft seiner Ehefrau thatsächlich in der Lage sein mag, jederzeit über das Warenlager zu verfügen. Eine in landrechtlicher Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau kann auch thatsächlich in der Lage sein, über die ehelichen Mobilien zu ver-

fügen; ein Kommis, ein Dienſtbote können thatſächlich in der Lage ſein, über die Waren, die Küchengeräte ihrer Dienſtherrſchaft zu verfügen; trotzdem kommt allen dieſen Perſonen nicht der „Gewahrſam“ im rechtlichen Sinne an dem Mobiliar, den Waren, dem Geräte zu, ſie können — auch wenn der Ehemann oder Dienſtherr vorübergehend abweſend iſt — die Pfändung dieſer Gegenſtände wegen Schulden desſelben durch ihren Widerſpruch nicht hindern.

Wollte man je annehmen, daß der Ehemann der Beſchwerdeführerin in gleicher Weiſe, wie dieſe, den Gewahrſam an den zum Handelsgeſchäft gehörigen Waren hat, ſo wäre die Pfändung derſelben wegen einer Schuld des Ehemanns trotzdem gegen den Widerſpruch der Beſchwerdeführerin nicht zuläſſig. Denn der § 712 C.P.O. ſetzt voraus, daß ſich die zu pfändenden Gegenſtände im ausſchließlichen Gewahrſam des Schuldners befinden. Ein ausſchließlicher Gewahrſam einer jeden von mehreren Perſonen iſt aber rechtlich nicht möglich; der Ehemann einer Handelsfrau iſt auch, ſolange ſie dies iſt, nicht berechtigt, den Gewahrſam derſelben an dem Warenlager auszuſchließen. Beſteht aber ein gemeinſchaftlicher Gewahrſam der Beſchwerdeführerin und ihres Ehemanns an dem Warenlager, ſo iſt die Pfändung der Waren für eine Schuld des Ehemanns gegenüber dem Widerſpruch der Beſchwerdeführerin unzuläſſig, weil ſich die Waren im (Mit-)Gewahrſam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befinden.

Die eingelegte Beſchwerde erſcheint daher begründet.

Beſchluß des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 1. März 1892 in der Beſchwerdeſache der Louiſe B. von Möhringen.

24.

Anſpruch auf eine Verhandlungsgebühr.

Anders, als der zweite Civilſenat des Oberlandesge-

richts [1]), hat sich der erste Civilsenat hinsichtlich des Anspruchs auf eine Verhandlungsgebühr ausgesprochen.

In der ersten mündlichen Verhandlung haben die beiderseitigen Anwälte nur die Gesuche verlesen, worauf der Anwalt des Beklagten Vertagung beantragte, womit der Gegner sich einverstanden erklärte. In dem neuen Termin wurde der Klagantrag sofort um 200 M. ermäßigt und nur über den Rest verhandelt. Der klägerische Anwalt berechnete die Verhandlungsgebühr aus dem ganzen Betrag. Das Landgericht ließ die Verhandlungsgebühr nur aus dem Restbetrag passieren und die hiegegen erhobene Beschwerde wurde verworfen in Erwägung,

daß § 19 des G.K.G., auf welchen § 16 R.A.G.O. Bezug nimmt, nicht besagt, eine kontradiktorische Verhandlung liege vor, sobald — sondern: soweit die Parteien einander widersprechende Anträge gestellt haben, also nur bestimmt, in welchem Umfang eine stattgehabte Verhandlung als kontradiktorisch zu gelten hat, nicht aber, von welchem Zeitpunkt an eine kontradiktorische Verhandlung vorliegt;

daß der Natur der Sache nach die Verlesung der auf die Stellung der Gesuche beschränkten Anträge, wie dieselbe in dem Termin vom 23. Oktober 1891 erfolgt ist, eine „Verhandlung" d. h. eine Erörterung der Sache in materieller oder prozessualischer Beziehung nicht darstellt und § 128 Abs. 1 C.P.O. dieser Anschauung nicht widerspricht;

daß somit im gegenwärtigen Fall eine kontradiktorische Verhandlung erst im Termin vom 8. Januar 1892 stattgefunden hat, in welchem die Klagforderung auf 56 M. 60 Pf. ermäßigt worden war, und hienach der klägerische Prozeßbevollmächtigte die volle Verhandlungsgebühr nur aus diesem Betrag berechnen darf [2]).

---

1) s. Jahrbücher der württ. Rechtspflege. Bd. 5. S. 211.

2) s. Motive zu § 19 G.K.G. „vorausgesetzt wird dabei, daß beide Teile verhandeln und daß dem Antrag einer Partei ein Antrag der Gegenpartei widerspricht." Pfaffenroth, Anm. 1 zu § 16 R.A.G.O. Willenbücher, 2. Aufl. II. zu § 16.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 10. Mai 1892 in der Beschwerdesache Kober c. Dietz. Ebenso Beschluß des I. Civilsenats vom 27. Januar 1893 in Sachen Graner c. Oßmann.

25.

Berechnung der Verhandlungsgebühr, wenn über einen Teil des Streitgegenstands kontradiktorisch und über einen Teil nicht kontradiktorisch verhandelt wird.

Der klägerische Anwalt hat in der mündlichen Verhandlung den Antrag verlesen, den Beklagten zur Bezahlung von 1054 M. an den Kläger zu verurteilen. Der Beklagte hat alsbald den Betrag von 322 M. anerkannt, die Summe von 732 M. aber bestritten, worauf der kläg. Vertreter bezüglich des nicht bestrittenen Teils Anerkenntnisurteil beantragte. Ueber den bestrittenen Teil wurde verhandelt und es ergieng ein kontradiktorisches Urteil. Die Kosten sind zur Hälfte dem Kläger auferlegt. Der Anwalt der Beklagten liquidierte für die mündliche Verhandlung 28 M., und das Landgericht stellte die Gebühr in dieser Höhe fest. Der kläg. Anwalt erhob Beschwerde. Er behauptet, die Gebühr müsse in der Weise berechnet werden, daß aus dem Betrag von 1054 M. fünf Zehnteile der Gebühr von 28 M. mit 14 M. angesetzt und dazu für den bestrittenen Teil von 732 M. fünf Zehnteile der Gebühr von 24 M. mit 12 M. hinzugerechnet werden, so daß sich der Betrag von 26 M. statt 28 M. ergebe. Ein Streitgegenstand von 322 M. sei nie vorhanden gewesen. Die Beschwerde wurde verworfen.

Gründe:

Gemäß dem allgemeinen Grundsatz des § 9 der R.A.G.O. wird auch die Verhandlungsgebühr des § 13 Nr. 2 derselben „nach dem Wert des Streitgegenstands“ berechnet, also nach dem, was Streitgegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist. Der Streitgegenstand bleibt nicht immer derselbe

während des ganzen Verfahrens, er kann im Lauf desselben nicht bloß in seinem Wert, sondern auch nach seinem Umfang sich erhöhen und vermindern, der ursprünglich einheitliche Streitgegenstand kann sich in Teile spalten. Letzteres geschieht, wenn die die Gebührenerhebung bedingenden (in § 13 der A.G.O. aufgeführten) Thätigkeiten des Anwalts („die gebührenpflichtigen Akte") nicht auf den gesamten Streitgegenstand sich beziehen, sondern nur Teile desselben zum Gegenstand haben, wenn z. B. „die mündliche Verhandlung" nicht den ganzen ursprünglichen Streitgegenstand umfaßt, oder wenn (§ 16 A.G.O.) über einen Teil desselben kontradiktorisch, über einen anderen Teil nicht kontradiktorisch verhandelt wird. Wenn, wie im vorliegenden Fall, an dem vom Kläger erhobenen Anspruch vom Bekl. ein Teil sofort anerkannt, der andere bestritten wird, und Kläger auch den anerkannten Teil in diesem Verfahren weiter verfolgt, (z. B. durch den mündlich gestellten Antrag auf Erlassung des Anerkenntnisurteils zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung macht,) so ist hiedurch der bei der Klagerhebung ungeteilte Streitgegenstand in zwei Teile zerlegt, die mündliche Verhandlung über zwei verschiedene, selbständige Teile des Streitgegenstands ergangen. Darüber nun, wie im Fall solcher Teilung die Verhandlungsgebühr zu berechnen sei, enthält § 12 des G.K.G. die nach § 10 der A.G.O. auch für die Berechnung der Anwaltsgebühren maßgebende Bestimmung dahin: daß für gebührenpflichtige Akte (also auch für mündliche Verhandlungen), welche nur Teile des Streitgegenstands betreffen, die Gebühren nur nach dem Wert dieser Teile zu berechnen sind, und daß, wenn aus mehreren Teilen eines Streitgegenstands für gleiche (gleichartige) Akte Gebühren anzusetzen sind, nicht schlechtweg die Summe der aus dem Wert der Teile berechneten Einzelgebühren, vielmehr nicht mehr erhoben werden darf, als die Gebühr ausmacht, wenn sie aus dem Gesamtbetrag der einzelnen Wertsteile einheitlich — nach einem einheitlichen Satze — berechnet wird, wobei als einheitlicher Satz, wenn die verschiedenen Teile an sich verschiedenen Sätzen unterliegen, der höchste dieser Sätze zu Grund

gelegt werden soll. Im vorliegenden Fall ist sowohl der anerkannte als der bestrittene Teil des Streitgegenstands Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen; die Verhandlungsgebühr ist daher nicht aus dem Ganzen des ursprünglichen Streitgegenstands, sondern aus diesen beiden Teilen je besonders, nach dem Wert desselben, zu berechnen, also aus 322 M. und aus 732 M., demnach (gemäß § 9 Z. 6, u. 8), auf 17 M. und 24 M. anzunehmen und durch Summierung dieser Teilgebühren die Verhandlungsgebühr des § 13 Nr. 2 zu bilden, diese Summe übrigens nicht schlechtweg zu erheben, sondern nur insoweit, als die Verhandlungsgebühr betragen hätte, wenn sie aus dem Gesamtwert des Streitgegenstands als einheitliche unter Zugrundlegung des höchsten Gebührensatzes, also hier des für die kontradiktorische Verhandlung zulässigen vollen Satzes berechnet worden wäre, somit (§ 9 Z. 9) 28 M. Die vom Bekl. in seiner Gebührenrechnung vom 18. Oktober 1892 angewendete, vom Landgericht gebilligte Art der Berechnung entspricht hienach durchaus dem Gesetz, wie auch anerkannter Lehre und Uebung [1]). Zur Rechtfertigung der vom Kläger verteidigten Berechnungsweise läßt sich auch nicht etwa geltend machen: ehe durch die Einlassung des Bekl. eine Teilung des Streitgegenstands herbeigeführt worden, sei der ursprüngliche Streitgegenstand als Ganzes Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen, insofern, als der auf den ganzen ursprünglichen Forderungsbetrag von 1054 M. gerichtete Klagantrag im Termin vom Kläger mündlich vorgetragen worden sei. Denn wollte man dies auch als richtig annehmen, und demgemäß eine Verhandlungsgebühr aus dem ganzen Forderungsbetrag — und zwar, da ein dem Klagantrag widersprechender Antrag bis dahin noch nicht erfolgt sei, nach dem Satz für nicht kontradiktorische Verhandlung — berechnen, dazu aber noch eine weitere Verhandlungsgebühr aus dem

1) Pfaffenroth, Gebührenordnung für Rechtsanwälte. 1888. S. 46, zu § 12 G.K.G. Anmerkung 2 und die Berechnung des Beispiels C. auf S. 21 zu Ziff. 2. a—d 1. Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren. 3. Aufl. S. 93 Anm 4.

bestrittenen Teil des Streitgegenstands ansetzen, so würde diese, als kontradiktorische Verhandlung, gemäß § 16 A.G.O., im vollen Satze anzurechnen sein, da eine die Ermäßigung dieses Satzes anordnende Bestimmung nicht gegeben ist; es würde somit eine Verhandlungsgebühr für das Ganze und dann eine weitere für einen Teil dieses nämlichen Streitgegenstands erhoben, ohne daß der Ausnahmefall des § 17 oder — eine sonstige dies rechtfertigende Bestimmung im Gesetz gegeben wäre. Es kann aber jene Voraussetzung, als ob das Ganze des ursprünglichen Forderungsbetrags Gegenstand der mündlichen Verhandlung hier geworden sei, überhaupt nicht als richtig anerkannt werden. Der Umstand allein, daß das auf die Forderung von 1054 M. gerichtete Klagegesuch in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist, kann offenbar nicht genügen, um die Annahme zu rechtfertigen, daß diese Forderung als Ganzes Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sei. Was zur mündlichen Verhandlung im Sinn der Gebührenordnung gehöre, bestimmt nicht § 19 des G.K.G., noch auch § 128 Abs. 1 C.P.O. sondern die Natur der Sache (R.G. 10 S. 386). Danach aber ist die „Verhandlung" einer Sache deren Erörterung in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung (vergl. auch C.P.O. § 128 Abs. 2) und dazu reicht die bloße Stellung der Anträge (Gesuche) nicht aus; auch im Fall der R.A.G.O. § 16 Satz 2 liegt ein Verhandeln des Klägers nicht vor, wo dessen Vortrag auf die Verlesung seines Klaggesuchs sich beschränkt haben sollte. Auch aus diesem Grund also ist für eine Erhebung der Verhandlungsgebühr aus dem Ganzen des Streitgegenstands neben der aus einem Teil desselben kein Raum.

Wenn endlich der Beschwerdeführer geltend macht, bei der hier vertretenen Berechnungsweise werde eine Gebühr angesetzt auch aus dem Wert des unbestrittenen Teils des Anspruchs (aus 322 M.), während doch „ein Streitgegenstand von 322 M. nie vorhanden gewesen" sei, so beruht dieser Einwand auf der irrigen Voraussetzung, daß „Streitgegen-

stand" ein Anspruch nur insoweit sein könne, als er „in Streit gezogen", nämlich bestritten worden sei. Aber Streitgegenstand, wie „Gegenstand des Rechtsstreits", ist auch im Sinn der Gebührenordnung, wie schon die Berechnung der Prozeßgebühr aus dem Ganzen des Anspruchs zeigt, der Gegenstand des Prozesses, des gerichtlichen Verfahrens — ohne Rücksicht, ob und wie weit derselbe bestritten wird [1]).

Beschluß des 1. Civil-S. des O.L.G. vom 27. Jan. 1893 in der Beschwerdesache Graner c. Oßmann.

---

1) vgl. Wach, Handbuch I § 2 Nr. III. IV.

II.

Abhandlungen.

1. Legitimation eines im Ehebruch erzeugten Kindes.

Heinrich X., derzeit zu Dachau hat in einer an Seine Majestät den König unmittelbar gerichteten, von dem K. Kabinett dem K. Justizministerium überwiesenen Eingabe die Bitte gestellt, seinen unehelichen Sohn Karl Z. zu legitimieren, eventuell zu gestatten, daß derselbe seinen Namen X. führe. Da der Bittsteller sich in dieser Eingabe als aus Göppingen gebürtig bezeichnete, so hat das K. Justizministerium die Civilkammer des K. Landgerichts in U. mit Anstellung der erforderlichen Erhebungen beauftragt und zum Bericht über das Gesuch aufgefordert.

Die Erhebungen haben ergeben:

Heinrich X. ist württembergischer Staatsangehöriger, Bürger zu Göppingen und protestantischer Konfession. Er ist in Göppingen geboren am 11. März 1852, wo er auch am 19. Januar 1874 mit Margarethe A. die Ehe schloß. Aus dieser Ehe sind 3 Kinder vorhanden, geboren in den Jahren 1877, 1879 und 1881. Im Anfang des Jahres 1877 ist Heinrich X. mit seiner Ehefrau nach Dachau gezogen, wo er seinen Wohnsitz nahm und seither geblieben ist. Von dem Jahre 1884 an unterhielt X. ein heimliches Liebesverhältnis mit der Karoline Z., geboren am 10. Januar 1862 zu Augsburg, katholisch, wohnhaft zu Dachau, infolge dessen diese Z. am 29. November 1886 ein Kind gebar. Heinrich X. hat sich vor dem Amtsgericht zu Dachau als der zuständigen Vormundschaftsbehörde als Vater des von der Z. geborenen Kindes Karl Z. bekannt und es ist die Vormerkung dieses Anerkenntnisses am

25. Februar 1887 zu dem ſtandesamtlichen Geburtsregiſter erfolgt. Nicht lange nach der Geburt dieſes Kindes hat X. ſeine Ehefrau und die gemeinſchaftliche Wohnung verlaſſen und iſt in Dachau mit der Karoline Z. in eine Wohnung zuſammengezogen. Auf Klage der Ehefrau wurden Heinrich X. ſowie die Karoline Z. von dem Amtsgericht zu Dachau wegen Konkubinats beſtraft und es wurde durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts zu München vom 13. Februar 1888 die Ehe des Heinrich X. mit Margarethe X. geborenen A. wegen des von dem Ehemann X. mit der Karoline Z. verübten Ehebruchs dem Bande nach getrennt.

Am 20. November 1888 ſtarb die geſchiedene Ehefrau des X. und dieſer hat ſich ſodann am 26. September 1889 mit der Karoline Z. verheiratet. Auf Befragen hat derſelbe angegeben, um Diſpenſation von dem Ehehindernis des Ehebruchs habe er nicht nachgeſucht, weil er nicht gewußt habe, daß dies nötig ſei. Er bitte um nachträgliche Erteilung der Diſpenſation, welchem Geſuch ſich die jetzige Ehefrau des X. anſchloß.

Die Civilkammer des K. Landgerichts zu U. hat ſich über die Bitten des X. in einem Bericht an das K. Juſtizminiſterium vom 8. Oktober 1892 folgendermaßen ausgeſprochen:

Anlangend die von Heinrich X. geſtellten Geſuche, ſo iſt

I. unzweifelhaft, daß derſelbe württembergiſcher Staatsangehöriger und Bürger zu G. iſt und daß er ſeinen Wohnſitz in rechtlichem Sinn in Dachau hat, daß andererſeits die Karoline Z. und ihr Sohn Karl Z. bis zur Verheiratung der erſtern mit X. bayeriſche Staatsangehörige waren und ihren Wohnſitz in Dachau hatten und noch haben.

II. Da Heinrich X. die Karoline Z. geheiratet hat, ſo wird es ſich zunächſt fragen, ob das, was X. durch ſein Geſuch um Legitimation erreichen will, etwa durch dieſe Heirat ſchon erreicht iſt. Dieſe Frage wird zu verneinen ſein, man mag nun das Recht des Wohnſitzes oder dasjenige der Staatsangehörigkeit des Heinrich X. als maßgebend anſehen.

Nach bayeriſchem Recht iſt, wenigſtens für das Rechts-

gebiet des bayerischen Landrechts, welches hier zutrifft, die Frage schon deshalb zu verneinen, weil die ex coitu damnato stammenden Kinder nach dem bayerischen Landrecht Teil 1 Kap. V § 8 Nr. 3 durch nachfolgende Verehelichung ihrer Eltern überhaupt nicht legitimiert werden [1]).

Nach württembergischen Recht werden zwar auch Ehebruchkinder durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimiert [2]).

Die Frage ist dennoch auch für Württemberg zu verneinen und zwar gleichmäßig für Württemberg und Bayern auf Grund des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung § 33 Ziff. 5, wonach die Ehe verboten ist zwischen einem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen. Daß die Ehe des Heinrich X. wegen seines Ehebruchs mit der Karoline Z. geschieden werde, ist in dem Urteil des Landgerichts zu München vom 13. Februar 1888 ausdrücklich festgestellt und um Dispensation von dem Verbot hat Heinrich X., wie er selbst sagt, nicht nachgesucht. Der Umstand, daß noch vor der Verheiratung des X. mit der Karoline Z. seine geschiedene Ehefrau gestorben war, ist unerheblich. Nach § 36 des Reichsgesetzes über den Personenstand vom 6. Februar 1875 sind hinsichtlich der rechtlichen Folgen einer gegen die Bestimmungen der §§ 28—35 dieses Gesetzes geschlossenen Ehe die Vorschriften des Landesrechts maßgebend. Nun ist das Ehehindernis des Ehebruchs sowohl nach bayerischem, als nach württembergischem Recht ein öffentlich trennendes, die Ehe des Heinrich X., mit der Karoline Z. ist daher nichtig und die Legitimation des Karl Z. konnte durch sie nicht bewirkt werden, wobei wir für unerheb-

1) Roth, Bayerisches Civilrecht II. Auflage. Band 2 § 91 Ziff. 1. Kreittmayr, Anmerkungen zum bayerischen Landrecht. Teil I Seite 196 und 197.

2) Württembergisches Archiv. Bd. XII. Seite 265 ff. coll. mit Bd. III. Seite 266 ff. Lang, Handbuch des Personenrechts. II. Aufl. Seite 485 Text und Note 3, Seuffert, Archiv. Band 25 Nr. 137, zu vgl. Bd. 1 Nr. 352, 2 Nr. 188, Bd. 13 Nr. 43 Bd. 15 Nr. 227, Bd. 18 Nr. 261. Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4 Seite 920 oben.

lich erachten, daß formell die Ehe besteht [1]). Daß der Ehebruch ein trennendes Ehehindernis sei, ist im gemeinen katholischen und im evangelischen Kirchenrecht anerkannt, für Württemberg ist es festgesetzt in der Ehegerichtsordnung Seite 85 § 4 und nach der K. Verordnung vom 6. April 1818 (Regierungsblatt Seite 180) gilt es auch für Katholiken; für Bayern ist es bestimmt im bayerischen Landrecht Teil I Kap. 6 § 8. Zwar kennt das letztere Gesetz, dem kanonischen Recht folgend, den Ehebruch als Ehehindernis nur in den sog. qualifizierten Fällen, und, da ein solcher Fall hier nicht vorliegt, so könnte die weitere Frage sich erheben, ob das Ehehindernis des Ehebruches für Bayern nur insoweit als ein trennendes besteht, als es früher dort als Ehehindernis anerkannt war, oder auch in der ihm durch das Reichsgesetz gegebenen Erweiterung; diese Frage wird aber in letzterem Sinne zu entscheiden sein, die Rechtswirkungen des Ehebruchs sind nach dem jetzigen Thatbestand dieselben, wie nach dem früheren [2]).

III. Von dem Ehehindernisse des Ehebruchs kann dispensiert werden und es hat Heinrich X. erklärt, daß er nachträglich um Dispensation bitte. Durch die nachträgliche Erteilung der Dispensation würde die ungültig abgeschlossene Ehe gültig werden — revalidiert [3]).

Es kann ferner wohl als selbstverständlich erachtet werden, daß eine Entschließung über das Legitimationsgesuch des Hein-

---

1) Württembergisches Archiv. Band 12 Seite 274, verbis „gesetzmäßige Ehe" „erlaubte Verbindung". Seuffert, Archiv. Bd. 1 Nr. 352, Bd. 13 Nr. 43, Bd. 15 Nr. 137.

2) Hinschius, Kommentar zu dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875, III. Aufl., Seite 129 und die dort Citierten, insbesondere auch Note 5 Absatz 3; Sicherer, desgleichen, in der Gesetzgebung für das Deutsche Reich von Bezold, Seite 389 Ziffer VI und Seite 367 und 368; Stiegele, desgleichen, Seite 125 unten und 126 oben, S. 119 Note 139 lit. c, Seite 265 Note 36 Ziffer 4, Lang, Handbuch. S. 247 Note 21, S. 252 Ziff. 4, S. 270 lit. c und Ziff. 3; Hauber, Württembergisches Recht der Evangelischen Seite. 58 Nr. 212 Nr. 214.

3) Lang, Personenrecht. § 41 S. 271 Ziff. 4, Stiegele, l. c. Seite 136 Note 172 und S. 137.

rich X. nicht erfolgen kann, bevor das eheliche Verhältnis desselben mit der Karoline Z. geregelt ist. Nun erscheint aber die Frage der Zuständigkeit sowohl hinsichtlich der Dispensation von dem Ehehindernisse des Ehebruchs als hinsichtlich der Legitimation durch Reskript nicht unzweifelhaft.

1. Anlangend zunächst die Legitimation, so haben wir schon in einem früheren Berichte uns dahin ausgesprochen, daß die Legitimation durch landesherrliches Reskript (jedenfalls dann, wenn sie vom Vater nachgesucht wird) nur von der Staatsgewalt des Landes erteilt werden könne, welchem der Vater als Unterthan angehöre.

2. Bezüglich der Dispensation von dem Ehehindernisse des Ehebruchs könnte man versucht sein, denselben Standpunkt einzunehmen, sofern

a. diese Dispensation — in Artikel 2 des Württembergischen Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 dem König vorbehalten —, wie die Legitimation durch Reskript, ihrer eigentlichen Natur nach ein Gnadenakt ist, wodurch gewissermaßen dem des Ehebruchs Schuldigen eine gesetzliche Strafe des Vergehens erlassen, verziehen wird (vgl. Motive zu § 1587 des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs Band 4 Seite 940 oben), wie denn auch

b. dieselbe in gleicher Weise, wie die Legitimation durch Reskript, eine Beziehung zum öffentlichen Recht hat, da durch die Dispensation resp. durch die revalidierte Ehe die Ehefrau — und im vorliegenden Fall auch das durch die Ehe legitimierte Kind — die Staatsangehörigkeit des Ehemanns, beziehungsweise des Vaters erlangt [1]). Hiezu kommt, daß, wenn man die Frage lediglich von der privatrechtlichen Seite betrachtet, es sich bei dieser Dispensation um ein Moment für die Fähigkeit zur Eheschließung, und zwar um ein solches von materieller, nicht bloß formeller Natur handelt.

---

1) § 5 des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit, württembergisches Regierungsblatt von 1871. Seite 26 der Beilage zu Nr. 1.

Danach wäre für die Zuständigkeit das sog. Personalstatut maßgebend, und zwar dasjenige des geschiedenen Ehegatten. Dieses Personalstatut wäre nun allerdings nach der bisher herrschenden Theorie das Gesetz des Domizils. Allein es ist von Böhm, die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, § 6 Seite 31 ff., des Näheren dargethan, wie in neuerer Zeit Theorie, Praxis und Gesetzgebung mehr und mehr von dem Domizilprinzip ab- und dem Staatsangehörigkeitsprinzip zudrängt, für welches sich schon früher mehrere Autoritäten (Roßhird, Renaud, Mommsen) ausgesprochen haben und welches auch von der Reichsgesetzgebung schon mehrfach befolgt worden ist [1]).

So bezeichnet denn auch Hinschius, l. c. S. 170 und 171 speziell bezüglich der Dispensation von Ehehindernissen als die überwiegende Ansicht die, daß das Recht der Staatsangehörigkeit maßgebend sei, während noch im Jahr 1875 Stölzel, Eheschließungsrecht Seite 3 bemerken konnte, die Deutsche Rechtswissenschaft sei darüber einig, daß für die Frage nach den materiellen Eheerfordernissen das Recht des Wohnorts maßgebend sei.

Indessen ist es uns aus unseren Akten wohl bekannt, daß hinsichtlich der Dispensation von dem Ehehindernisse des Ehebruchs eine von den beiderseitigen Regierungen von Bayern und Württemberg in einer Reihe von Einzelfällen befolgte, auf ausdrücklich ausgesprochener Uebereinstimmung beruhende Praxis besteht, wonach die fragliche Dispensation von demjenigen Staat zu erteilen ist, in welchem der schuldige geschiedene Gatte seinen Wohnsitz hat, und es wird wohl bei dieser Praxis um so mehr sein Verbleiben haben, als das Domizilprinzip in Bayern durch das Landrecht Teil I Kap. 2 § 17 gesetzlich sanktioniert ist, falls nicht etwa mit Rücksicht auf die gerade im vorliegenden Fall eintretenden öffentlich-recht-

1) Wechselordnung. Artikel 84, Reichsgesetz vom 4. Mai 1870, betreffend die Eheschließung im Ausland ꝛc. § 3, zu vergl. auch von Bar, internationales Privatrecht, II. Auflage, Band 1 § 92 S. 271 ff. Bähr in Ihering's Jahrbüchern, N. F. Bd. 9 S. 355. 356. 385. 387.

lichen Folgen der Dispensation eine Ausnahme von der bisherigen Praxis gemacht werden wollte.

IV. Wenn hienach Heinrich X. mit seinem Gesuch um Dispensation von dem Ehehindernisse des Ehebruchs, welchem Gesuche seine zur Nichtigkeitsklage berechtigte Ehefrau beigetreten ist, an die bayerische Regierung zu verweisen sein wird und wenn in Bayern die Dispensation erteilt werden würde, so würde dies zwar die Revalidierung seiner Ehe, nicht aber die Legitimation seines Sohnes Karl Z. für Bayern nach bayerischem Recht zur Folge haben. Daß die bayerischen Gerichte oder die bayerische Regierung alsdann den Standpunkt einnehmen würden, für die Statusverhältnisse des Kindes sei das Recht des Heimatstaates des Vaters anzuwenden und es gelte also nach diesem, dem württembergischen Recht, das Kind als (voll) legitimiert auch für Bayern, dies wird nach der oben angeführten in Bayern geltenden Rechtsnorm (Landrecht Teil I Kap. 2 § 17) nicht in Aussicht zu nehmen sein. Und es würde den Bittsteller, beziehungsweise das Kind, welche offenbar ihr Domizil bleibend in Bayern beibehalten wollen, praktisch wenig nützen, wenn nur die Württembergischen Behörden und Gerichte die Auffassung vertreten wollten, durch die in Bayern erfolgte, jetzt gültige Eheschließung sei Karl Z. als legitimiert zu betrachten, weil seine Stellung als eheliches Kind nach dem Rechte der Staatsangehörigkeit seines Vaters zu beurteilen sei. Um sicher zu gehen, müßte also dann wohl der Bittsteller in Bayern auch noch die Legitimation durch Reskript nachsuchen, welche nach dem bayerischen Landrecht Teil I Kap. V § 9 auf alle Arten von unehelichen Kindern sich erstreckt [1]), und zu welcher die bayerische Regierung nach dem in Bayern geltenden Domizilprinzip sich wohl auch für zuständig erachten wird [2]).

---

1) Roth, Bayerisches Civilrecht. II. Auflage. Band 1 Seite 553, Text und Seite 554 Note 19 und 21. Kreitmayr, Anmerkungen zum bayerischen Landrecht. Teil I Seite 198 und Band III Seite 863 unten und 866 Ziffer 7.

2) Roth, Bayerisches Civilrecht. Band 1 Seite 162 Ziffer 2 a.

Was insbesondere die Gestattung der Führung des Namens X. statt Z. betrifft, so bemerkt Roth, System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2 Seite 375 Note 2, daß in Bayern dem außerehelichen Kinde, wenn der Vater zustimme, dessen Familiennamen beigelegt werden dürfe, und eine Bestimmung, welche für Ehebruchskinder eine Ausnahme hievon machen würde, scheint für Bayern nicht zu bestehen. Eine Verfügung des K. bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 25. Juli 1825 untersagt, den Namen des Vaters eines unehelichen Kindes ohne dessen Wissen und ausdrückliche Einwilligung in das Geburtsregister einzutragen (Sammlungen der Verordnungen von Döllinger, Bd. 8 Seite 424), und ein Erlaß desselben K. bayerischen Staatsministeriums vom 2. Juli 1848 bringt in Erinnerung, daß nach den Bestimmungen des gemeinen bayerischen Landrechts uneheliche Kinder den Namen der Mutter zu führen haben, und daß nach dem allgemeinen Staatsrecht, sowie nach einem speziellen bayerischen Mandate vom 12. März 1677 eine Namensänderung ohne landesherrliche Genehmigung unstatthaft sei. (Döllinger, l c. Bd. 23 Seite 116).

In Württemberg würde das Gesuch des Heinrich X., dem Karl Z. die Führung des Namens X. zu gestatten, angesichts der Bestimmung des Art. 28 Ziffer 5 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen 2c. vom 5. September 1839 als ein Gesuch um legitimatio minus plena anzusehen sein, da von jener Gesetzesbestimmung die sonst bei Namensänderungen zuständigen Regierungsbehörden [1]) nicht dispensieren können [2]).

V. Aber auch wenn in Württemberg die Dispensation von dem Ehehindernisse des Ehebruchs erteilt werden würde, wird es mindestens zweifelhaft sein, ob Bayern der Revalidierung der Ehe die Wirkung zuerkennen würde, daß der filius

---

Blätter für Rechtsanwendung in Bayern. Band 9, Seite 43; Bolscher Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. 33 S. 82.

1) Bolscher, Zeitschrift Bd. 25 S. 285 ff. und Bd. 26 S. 125.

2) vgl. auch Lang, Handbuch d. Fam. R. II. Aufl., Seite 17, Note 8 und Seite 18.

adulterinus hiedurch legitimiert sei, da, wie schon erwähnt, das bayerische Landrecht als für das Personalstatut entscheidend den Wohnsitz betrachtet und möglicherweise auch der Standpunkt dort etwa geltend gemacht werden könnte, daß das bayerische Recht, indem es den Ausschluß der legitimatio per subsequens matrimonium für Kinder aus verdammter Geburt gebiete, eine absolute auf sittlichen Gründen beruhende Vorschrift enthalte [1]).

Auch in diesem Falle könnte also Heinrich X. in die Lage kommen, die Legitimation durch Reskript oder wenigstens die Gestattung der Namensführung in Bayern nachzusuchen, während ihm, wenn er in diesem Falle die Legitimation in Württemberg nachsuchen würde, entgegengehalten werden könnte, die Legitimation sei gegenstandslos, weil nach Württembergischem Recht das Kind schon durch subsequens matrimonium legitimiert sei.

VI. Was endlich den Standpunkt der Württembergischen Behörden und Gerichte für den Fall betrifft, daß der Bittsteller die Revalidierung seiner Ehe in Bayern erwirkt, so wird man keinen Anstand nehmen dürfen, den Satz aufzustellen, daß dann Karl Z. von den württembergischen Behörden und Gerichten als legitimiert zu betrachten ist, ungeachtet des Domizils seines Vaters in Bayern, und daß auch für diesen Fall, wie für denjenigen unter Ziffer V eine Entscheidung auf das Legitimationsgesuch bei uns nicht mehr zu treffen ist. Wenn man den Vater des unehelichen Kindes mit seinem Gesuch um Legitimation des Kindes an den Staat verweist, welchem er angehört, so wird man auch anerkennen müssen, daß die Frage, ob durch eine gültige Ehe das Kind legitimiert ist, oder nicht, das Recht desjenigen Staates entscheidet, welchem der Vater angehört.

Nach dem Angeführten dürfte es sich empfehlen, daß das Gesuch des Heinrich X. um Dispensation von dem Ehehinder-

---

1) vgl. Roth, Bayerisches Civilrecht. § 17 Seite 156 bei Note 12 und 13; von Bar, l. c. § 194 S. 538 ff.

niſſe des Ehebruchs der bisherigen Praxis entſprechend vom hohen Juſtizminiſterium dem K. bayeriſchen Staatsminiſterium der Juſtiz übermittelt würde, damit letzteres zunächſt dieſes Geſuch in Behandlung übernimmt, daß aber zugleich mit dem K. bayeriſchen Staatsminiſterium der Juſtiz darüber kommuniziert würde, wie nach Württembergiſchem Recht der Sohn Karl Z. ſchon durch die zufolge Diſpenſation revalidierte Ehe legitimiert würde und alsdann für Württemberg das Legitimationsgeſuch gegenſtandslos geworden wäre, wie letzteres aber nach bayeriſchem Recht nicht der Fall ſein werde und es ſich für den Bittſteller als angezeigt erweiſen könnte, auch noch die Legitimation, oder wenigſtens die Namensführung für ſeinen Sohn in Bayern auszuwirken.

Nur folgendes möchten wir uns geſtatten, dem Vorſtehenden noch beizufügen:

Vom Standpunkt des bayeriſchen Rechtes iſt die Frage, ob wegen der Nichtigkeit der Ehe des Heinrich X. mit der Karoline Z. die Legitimation des Karl Z. nicht bewirkt worden iſt, wegen der Beſtimmung des bayeriſchen Landrechts Teil 1 Kap. V §8 Nr. 3 unpraktiſch. Wollte man nun aber auch vom Standpunkte des die Legitimation der Ehebruchskinder durch nachfolgende Ehe zulaſſenden württembergiſchen Rechtes davon ausgehen, daß die Nichtigkeit der Ehe des Heinrich X. und der Karoline Z. bezüglich der Frage der Legitimation des Karl Z. durch dieſe Ehe gar nicht zur Sprache zu kommen habe, bevor die Ehe auf Grund einer Nichtigkeitsklage gerichtlich für nichtig erklärt ſei (§ 588 der R.C.P.O.), ſo wird doch im Hinblick darauf, daß die Ehe jederzeit und von Amtswegen als nichtig angegriffen werden kann, womit dann auch wieder die Legitimation des Karl Z. per subsequens matrimonium in Frage geſtellt wäre, ſowie nachdem einmal Heinrich X. das Geſuch um Diſpenſation geſtellt hat, unter allen Umſtänden bezüglich des letzteren, ſodann aber auch nach Lage der Sache (Ziffer IV oben) hinſichtlich des Geſuches um Legitimation durch Reſkript oder um Geſtattung der Namensführung materielle Verfügung zu treffen ſein.

Das K. Justizministerium erklärte sich mit den in diesem Bericht entwickelten Ansichten einverstanden, insbesondere hinsichtlich des Grundsatzes, daß für die Zuständigkeit zur Würdigung der Gesuche um Dispensation von dem Ehehindernis des Ehebruchs der Wohnsitz des schuldigen geschiedenen Gatten maßgebend sei, und übermittelte die Gesuche des Heinrich X. dem K. bayerischen Staatsministerium der Justiz.

Diesen Gesuchen entsprechend ist von Seiner Königlichen Hoheit dem Prinzregenten von Bayern dem Württembergischen Staatsangehörigen Heinrich X. von dem seiner Verehelichung mit der Karoline Z. entgegengestandenen Eheverbot des § 83 Ziff. 5 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 Dispensation erteilt und es ist der von der Karoline Z. am 29. November 1886 geborene Karl Z. auf Ansuchen seines natürlichen Vaters Heinrich X. legitimiert und demselben gestattet worden, den Familiennamen des Heinrich X. anzunehmen und zu führen.

II. Mitteilungen aus dem württembergischen Landesstrafrecht.

Von Hilfsstaatsanwalt Dr. Bälz in Hall.

1. Müssen in Württemberg die von einem Bierbrauer an seine Kunden gelieferten Bierfäßchen geeicht sein?

2. Gilt der bayerische Eichungsstempel auf Fässern auch für das übrige Reichsgebiet?

Art. 10, 12, 19, 20 der Maß- und Gewichts-O. vom 17. Aug. 1868; § 3 des Reichsges. betr. die Einführung der Maß- und Gewichts-O. in Bayern vom 26. Nov. 1871.

R.St.G.B. § 369 Nr. 2 und letzter Absatz. Bekanntmachung des württ. Ministerium des Innern vom 14. Juni 1877, Amtsbl. S. 236.

---

* Vgl. diese Zeitschrift. Bd. IV. S. 107.

St., der Besitzer einer großen Dampfbrauerei in einem bayerischen Grenzorte, hat auch im benachbarten Württemberg zahlreiche Achskunden. Die Einfuhr seines Bieres nach Württemberg unterliegt einer Uebergangssteuer nach dem Meßgehalt der Gebinde, in denen es eingeführt wird, und daher einer steuerbehördlichen Kontrolle [1]).

In Ausübung dieser Kontrolle brachten der Steuerwächter St. und der Grenzsteuerbeamte F. zur Anzeige, der genannte Bierbrauer St. habe in den Monaten Dezember 1892 und April, Mai und Juni 1893 an verschiedenen Tagen an eine Reihe württembergischer Achskunden Bier in Gebinden geliefert, welche teils mit gar keinem, teils mit dem bayerischen, teils mit einem nicht mehr erkennbaren Eichungsstempel versehen gewesen seien. Steuerwächter St., der im Dezember 1892 die Fäßchen mit dem unkenntlich gewordenen Stempel beanstandet hatte, war im Zweifel, ob eine strafbare Handlung vorliege; er bat deshalb das Umgeldskommissariat M., das Weitere veranlassen zu wollen, weil er schon im Laufe des Sommers einen Bierführer des St. angewiesen habe, seinen Dienstherrn zur Nacheichung der unleserlich gestempelten Fässer aufzufordern, was St. aber nicht beachtet habe. Das Umgeldskommissariat forderte den Steuerwächter St. zum Bericht auf, ob die fraglichen Fässer mit dem gesetzlichen Eich- und Stempelzeichen versehen gewesen seien, was dieser bejahte, indem er den gebrauchten bayerischen Stempel auch als für Württemberg gültig erachtete. Das Umgeldskommissariat übergab die Anzeige dem Oberamt M., weil eine Verfehlung gegen die Maß- und Gewichtsordnung vom 17. Aug. 1868 vorliegen dürfte, und dieses der Amtsanwaltschaft M.

Die Amtsanwaltschaft gieng in bewußtem Gegensatz zu

1) Art. 12 des Ges. vom 8. April 1856 betr. die Malzsteuer, Regbl. S. 83; Verfügung des K. Finanzministeriums vom 3. Juni 1868 betr. die Behandlung des Verkehrs mit den einer Uebergangssteuer unterliegenden Erzeugnissen, Regbl. S. 251; §§ 46 und 24 der Anweisung des Steuerkollegiums betr. den Verkehr mit übergangskontrollepflichtigen Gegenständen vom 5. Juni 1868, Amtsbl. d. Steuerkollegiums S. 109

Olshausen [1]) davon aus, daß die in Verkehr kommenden Bierfässer zu eichen seien, und daß ferner der bayerische Eichungsstempel auf solchen Fässern in Württemberg nicht genüge. Sie stützte sich dabei auf die Bekanntmachung des Ministeriums des Innern vom 14. Juni 1877, betr. die Benützung von Maßen und Gewichten mit dem bayerischen Eichungsstempel [2]), daß zufolge § 3 des Reichsgesetzes vom 26. Nov. 1871, betr. die Einführung der Maß- und Gewichts-O. f. d. nordd. Bund vom 17. Aug. 1868 in Bayern (ReichsG.Bl. S. 397), die Art. 15—20 der Reichs- Maß- u. Gewichts-O. auf Bayern keine Anwendung fänden, hienach Maße, Gewichte und Meßwerkzeuge, welche von einer Eichungsstelle der übrigen Bundesstaaten geeicht und mit dem Reichsstempel versehen seien, in Bayern und umgekehrt diejenigen, welche von den bayerischen Verifikatoren geeicht und mit dem bayerischen Eichungsstempel versehen seien, in den übrigen Bundesstaaten im öffentlichen Verkehr nicht angewendet werden dürften und Zuwiderhandlungen unter § 369 Ziff. 2 d. R.St.G.B.s fielen. In dieser Bekanntmachung waren die Oberämter der an Bayern angrenzenden Bezirke angewiesen worden, die Bezirksangehörigen zur Fernhaltung von Schädigungen hierüber in den Amtsblättern zu belehren.

In der gleichen Richtung hatte das Steuerkollegium in seinen Vorschriften für die Abstichswirte vom 6. März 1883 unter § 3 „Eichen der Fässer" festgesetzt [3]): „Fässer mit bayerischen Eich- und Stempelzeichen werden als vorschriftsmäßig geeicht nicht anerkannt. Eine Ausnahme ist statthaft . . . für Fässer mit bayerischen Eich- und Stempelzeichen, in welchen Wein unmittelbar aus dem Königreich Bayern eingeht. Kommt auf diese Weise ein nicht nach Vorschrift geeichtes Faß in einen Wirtskeller, so darf es nur insolange, als es den aus Bayern eingeführten Wein enthält, in

1) Komm. z. St.G.B. (4. Aufl.) Note e, II. α zu § 369 Ziff. 2.
2) Amtsbl. S. 236, Schicker, Polizeistrafrecht, Beil. 49, S. 445.
3) Amtsbl. S. 64.

dem Keller verbleiben. Soll dasselbe nach Entleerung in dem Keller belassen und fernerhin benützt werden, so muß es zuvor ordnungsmäßig geeicht werden."

Hiemit stimmt § 2 der Umgeldsakkordbestimmungen vom gleichen Tage [1]) wörtlich überein. Zuwiderhandlungen wurden mit Ordnungsstrafen nach dem Gesetz vom 13. März 1881 bedroht. In den neuen Vorschriften für die Abstichswirte und über die Umgeldsakkorde vom 16. Januar 1893 heißt es dagegen in § 3 [2]): „Fässer, welche mit vorschriftsmäßigen bayerischen Eich- und Stempelzeichen versehen sind, werden nicht beanstandet." Alle diese Bestimmungen beziehen sich aber nur auf den Verkehr mit Wein und Obstmost und betreffen das Umgeld.

Diese Aenderung veranlaßte die Amtsanwaltschaft, das Steuerkollegium um Auskunft über ihren Grund zu ersuchen. Der Bescheid lautete, daß die neuen Vorschriften die Bestimmungen des erwähnten Ministerialerlasses vom 14. Juni 1877 hätten weder abändern können noch wollen, da sie sich nur auf die von Wirten und Kleinverkäufern zum Transport und zur Einlage von Wein und Obstmost benützten Fässer, also lediglich nur auf eine Angelegenheit der Steuerverwaltung bezögen und nicht auf Fässer, in welchen verkaufter Wein und Obstmost an dritte Personen abgegeben werde. Die neuen Bestimmungen bezweckten nur ein Entgegenkommen gegen die Wirte und Kleinverkäufer, welche Wein oder Obstmost aus Bayern, insbesondere der Pfalz, bezögen, und hätten nur die Bedeutung, daß die Berechnung des Umgelds auf den Grund der bayerischen Eiche erfolgen dürfe.

Nunmehr erhob die Amtsanwaltschaft auf Grund des § 369 Ziff. 2 St.G.B.: Mit Geldstrafe bis zu einhundert Mark oder mit Haft bis zu vier Wochen werden bestraft:

„Gewerbtreibende, bei denen zum Gebrauche in ihrem Gewerbe geeignete, mit dem gesetzlichen Eichungsstempel nicht versehene oder unrichtige Maße, Gewichte oder Wagen vor-

1) Amtsbl. S. 75.
2) Amtsbl. S. 27 u. 43.

gefunden werden, oder welche sich einer andern Verletzung der Vorschriften über die Maß- und Gewichtspolizei schuldig machen"

in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 der Maß- und Gewichts-O. vom 17. Aug. 1868, § 3 des Reichsges. vom 26. Nov. 1871, betr. die Einführung der Maß- und Gewichts-O. in Bayern, Art. 20 der Maß- und Gewichts-O. und der Bekanntmachung des württ. Minist. d. Innern vom 14. Juni 1877 Anklage gegen St., es seien bei ihm als Gewerbetreibendem zum Gebrauch in seinem Gewerbe geeignete, mit dem gesetzlichen Eichungsstempel nicht versehene Maße vorgefunden worden, wobei sie jede Lieferung mit unkenntlichen oder fehlenden Faßstempeln als eine selbständige Uebertretung, alle Lieferungen mit bayerischen Faßstempeln als eine einzige fortgesetzte Handlung auffaßte. In der Hauptverhandlung bestritt der Angekl. zunächst, daß er ungeeichte Bierfäßchen gehabt habe, solche würden seine Kunden gar nicht abnehmen, es müsse deshalb jeder Brauer seine Fäßchen eichen lassen, nur abgenützt seien die Stempel gewesen; sodann bestritt er auch ein Verschulden durch den Gebrauch des bayerischen Eichungsstempels innerhalb Württembergs; es sei hier weder ihm, noch einem andern bayerischen Brauer je der bayerische Stempel beanstandet worden, eine Darstellung, der die als Zeugen vernommenen Steuerbeamten beitraten. Das Schöffengericht M. verurteilte am 13. Juni 1893 den Angeklagten auf Grund der angeführten Bestimmungen wegen einer Uebertretung — gewiß richtig, weil alle Einzelhandlungen des Angeklagten ein gewerbsmäßiges unerlaubtes Thun, eine fortgesetzte Verletzung einer Gewerbevorschrift darstellten — zu der Geldstrafe von 60 M. Es gieng davon aus, daß Bierfäßchen, deren sich der Angekl. in seinem Gewerbebetrieb beständig bediene, in denen und vermittelst deren er den jedesmaligen Bierbedarf seiner Abnehmer decke, offenbar vermöge der ihnen allgemein im Verkehr zukommenden, äußerlich durch Zeichen aufgedrückten Bestimmung und Geltung als im Gewerbe des Angeklagten einzig geeignete Meßwerkzeuge bezw. Maße sich dar-

stellten, und daher mit dem gesetzlichen und erkennbaren Eichungsstempel versehen sein müßten. Auch den bayerischen Eichungsstempel erklärte das Urteil für einen in Württemberg gesetzlich ungültigen Stempel, doch hielt es in diesen Fällen ein schuldhaftes Verhalten des Angekl. für ausgeschlossen, weil er sich nicht bewußt gewesen sei, daß die gen. Fässer nicht mit dem gesetzlichen Eichungsstempel versehen seien.

Gegen dieses Urteil legte der Angekl. und die Amtsanwaltschaft die Berufung ein, letztere hauptsächlich deshalb, um das Verfahren in II. Instanz von einer etwaigen Zurücknahme der vom Angekl. eingelegten Berufung unabhängig zu machen und weil es für den Grenzbezirk M. bei der starken Biereinfuhr aus Bayern von hohem Werte sei, bezüglich der angeregten Rechtsfragen die Entscheidung einer höheren Instanz auszuwirken.

Für die Entscheidung der ersten Frage, ob Bierfäßchen überhaupt einer Eichung d. h. einer durch staatliche Stempelung vorgenommenen Beglaubigung des Rauminhalts bedürften, sei maßgebend, ob in einem Bierfäßchen ein zum Zumessen im öffentlichen Verkehr geeignetes und hiezu dienendes Maß zu erblicken sei. Diese Frage habe das Urteil mit Recht bejaht, sofern der Angekl. durch die Bierlieferung an seine Achskunden seine Bierfäßchen in öffentlichen Verkehr gebracht habe und für diesen Verkehr der gesetzlich beglaubigte Rauminhalt der Fässer das einzige Maß und die einzige Kontrolle für die von dem Brauer gelieferte Quantität sei und weiter, sofern sich dieselben Verhältnisse wiederholten, wenn der Achskunde ein Fäßchen Bier in geschlossenem Gebinde an einen seiner Kunden weiterveräußere. Dem entspreche auch die thatsächliche Uebung, daß sämtliche Brauer ihre Fäßchen eichen ließen, wie auch der Angekl. selbst davon ausgehe, daß die Bierfäßchen geeicht sein müßten, während in der Rechtsprechung und Litteratur eine entgegengesetzte Ansicht vertreten sei [1]).

1) Urteil des bayer. Kassat.Hofs vom 28. Sept. 1872 in Steng-

Ferner komme in Betracht, ob nicht aus Art. 12 Abs. 1 der Maß- und Gewichts-O., der für Weinfässer den Eichzwang statuiere, ein argumentum e contrario für Bierfäßchen zu entnehmen, oder ob hierin nur eine Regelung einer strittigen Rechtsfrage speziell für Weinfässer zu erblicken sei. Eine ausdrückliche Bestimmung, welche den Eichzwang für Bierfäßchen statuiere, könne nicht aufgefunden werden.

Die zweite Frage, ob ein mit dem gesetzlichen bayerischen Eichungsstempel versehenes Bierfäßchen auch in Württemberg als vorschriftsmäßig geeicht zu gelten habe, habe das Schöffengericht übereinstimmend mit der Amtsanwaltschaft verneint. Thatsache sei nun aber, daß auch vor dem Erlaß des K. Steuerkollegiums vom 16. Januar 1893 der Gebrauch der mit bayerischem Stempel versehenen Bierfäßchen in Württemberg nie beanstandet worden sei und daß die in Frage kommenden Stellen des genannten Erlasses von den Steuerbeamten dahin mißverstanden worden seien, als habe jene thatsächliche Uebung hiedurch behördliche Sanktion erhalten; der Angekl. hätte also auch bei einer Erkundigung keine richtige Belehrung erhalten. Eine strenge Handhabung der bestehenden Bestimmungen, die gegebene Auslegung als richtig vorausgesetzt, würde für die starke Biereinführung in den Grenzbezirken eine schwere Schädigung bedeuten und auf Seiten der Produzenten, wie der Empfänger als eine Belästigung empfunden, vielleicht würde hiedurch aber auch eine gesetzliche Abhilfe veranlaßt.

Diese Ausführungen des Schöffengerichts und der Amtsanwaltschaft M. über die Frage des Eichungszwangs für Bierfässer haben auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Man sagt sich unwillkürlich, wenn die Weinfässer geeicht sein müssen, obgleich sich der Wein ohne Schaden umfüllen und messen läßt, so muß dies noch viel mehr bei den Bierfässern Platz greifen, weil Bier ohne Schaden an seiner Güte mit Meß-

lein's Zeitschrift f. Gerichtspraxis Bd. II S. 135; Oppenhoff, Komm. z. St.G.B. § 369 Note 8; Olshausen, Komm. z. St.G.B. § 369 Ziff. 2, Note e II, α.

werkzeugen nicht abgemessen werden kann und deshalb jedermann die Bierfäßchen als die einzigen größern Maße betrachtet. Dagegen erregt die Annahme, daß der bayerische Eichungsstempel auf bayerischen Bierfässern in Württemberg nicht gelte, ebenso unwillkürlich sofort die ernstlichsten Bedenken.

Die Prüfung der einschlägigen Gesetzesquellen hat nun Folgendes ergeben:

I. Der oben angeführte § 369 Ziff. 2 St.G.B.'s enthält darüber, welche Maße mit einem Eichungsstempel versehen sein müssen, keine Vorschrift, er findet seine Ergänzung zunächst durch die Maß- und Gewichtsordnung vom 17. Aug. 1868 mit ihren Aenderungen durch die Reichsges. vom 7. Dez. 1873 und vom 11. Juli 1884. Er soll, wie Oppenhoff in seinem Kommentar z. § 369 St.G.B.'s in Note 10 sich ausdrückt, der Vorschrift des Art. 10 der Maß- und Gewichts-O. den strafrechtlichen Nachdruck gewähren. Dieser Art. 10 lautet in Abs. 1: „Zum Zumessen und Zuwägen im öffentlichen Verkehre dürfen nur in Gemäßheit dieser Maß- und Gewichts-O. gehörig gestempelte Maße, Gewichte und Wagen angewendet werden." Art. 11 schreibt vor, daß beim Verkauf weingeistiger Flüssigkeiten nach Stärkegraden zur Ermittlung des Alkoholgehalts nur gehörig gestempelte Alkoholometer und Thermometer angewendet werden dürfen, Art. 13, daß Gasmesser, nach welchen die Vergütung für den Verbrauch von Leuchtgas bestimmt wird, gehörig gestempelt sein sollen, sodann Art. 12:

„Der in Fässern zum Verkauf kommende Wein darf dem Käufer nur in solchen Fässern, auf welchen die den Raumgehalt bildende Zahl der Liter durch Stempelung beglaubigt ist, überliefert werden.

Eine Ausnahme findet nur bezüglich desjenigen ausländischen Weines statt, welcher in den Originalgebinden weiter verkauft wird."

Diese Fassung stimmt wörtlich mit Art. 13 des Entwurfs überein [1]).

1) Stenog. Berichte des norddeutschen Reichstags, I. Legislaturperiode, Session 1868, 2. Bd., Anlage Nr. 76 S. 273.

Zu den Art. 12—14 des Entwurfs (11—13 des Gesetzes) bemerken die Motive [1]):

„Diese Artikel enthalten Bestimmungen, in denen es sich nicht um Maße im engeren Sinne des Wortes, sondern mehr um einzelne für den Verkehr mit gewissen Gegenständen wichtige Meßmethoden handelt. Der Kreis derselben ist im allgemeinen sehr groß; auch die Haspel- und Weifmaße, Aufschlagbretter für gewisse Artikel, die Schankgläser und Flaschen, Kalk- und Kohlenmaße u. s. f. gehören hierher. Man hat sich jedoch auf die in Art. 12—14 behandelten Gegenstände, rücksichtlich deren entschiedene Wünsche und Bedürfnisse, zum Teil auch bereits in größerem Umfange eingeführte Vorschriften vorliegen, beschränken zu müssen geglaubt. Es ist nicht ausgeschlossen, wenn sich auch für andere gleichartige Verhältnisse ein Bedürfnis zu übereinstimmender Regelung ergeben sollte, im Gesetzgebungswege weiter zu gehen."

In dem angefügten Gutachten einer Sachverständigenkommission [2]) ist ausgesprochen, daß es sich bei Wein- und Bierfässern nicht mehr um Maße, sondern um sog. Handelsgrößen handle, welche nach Uebereinkommen ein beliebiges Vielfaches des gesetzlichen Maßes enthalten können, gleichwie die Butterfässer, Leinsamen-, Kalk-, Salztonnen u. dgl.

Der Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf bemerkt zu Art. 11 (jetzt 12): „Dieser erfuhr von mehreren Seiten Anfechtungen, indem man den Rauminhalt hölzerner Fässer schon an sich und ganz besonders bei etwaigen Reparaturen für zu veränderlich ansah, um den Eichungszwang einzuführen. So werde das Publikum durch die unzuverlässige Angabe des Stempels mehr irre geführt, als vor Betrug geschützt werden. Da jedoch von Seiten eines der Herren Bundeskommissarien erklärt wurde, daß die beteiligten Weinhändler in vielen Petitionen dringend darum gebeten hätten, also der Wunsch der Produzenten konstatiert erschien, andererseits auch

1) a. a. O. S. 275.
2) a. a. O. S. 283 a. E.

anzunehmen ist, daß die Käufer eine solche Stempelung gerne sehen werden, so wurde der Artikel angenommen."

Hienach spricht sich das schon erwähnte Urteil des bayer. Kassationshofs vom 28. Sept. 1872 in seiner Begründung zutreffend dahin aus, daß Bierfässer, an sich betrachtet, nicht als Maße i. S. der Maß- und Gewichts-O. angesehen werden könnten, vielmehr ihrer Natur und Bestimmmung nach nur Behältnisse zur Verwahrung von Flüssigkeiten oder fester Körper der mannigfachsten Art seien, in welche hinein oder aus welchen heraus, wenn zu messende Flüssigkeiten in ihnen versendet werden sollten, solche erst mit dem gesetzlichen Maße dem Empfänger zugemessen werden müßten, und daß deshalb, abgesehen von der Ausnahme mit den Weinfässern, ihre Stempelung überhaupt nicht geboten sei.

Jeden Zweifel beseitigt vollends der Gesetzentwurf betr. die Bezeichnung des Raumgehalts der Schankgefässe von 1881 [1]). Nachdem die Brauer schon 1878 eine Petition an den Reichstag gerichtet hatten, „daß den Brauern der Bierverkauf nur in solchen Fässern gestattet sei, auf welchen die den Rauminhalt bildende Zahl von Litern deutlich angegeben sei, wollte der Entwurf den Art. 12 der Maß- und Gewichts-O. durch folgenden Artikel 1 ersetzen:

„Flüssigkeiten, welche in Fässern nach dem Rauminhalt zum Verkauf kommen, dürfen dem Käufer nur in solchen Fässern, auf welchen die den Rauminhalt bildende Zahl der Liter durch Stempelung beglaubigt ist, überliefert werden."

Schon bei der ersten Beratung im Reichstag [2]) wurde allgemein die Einschränkung dieser Vorschrift auf Wein, Bier, Branntwein, Obstwein und Most gefordert; dabei wurde festgestellt, daß in Süddeutschland die Bierfässer auch ohne Zwang allgemein geeicht werden. Die Reichstagskommission verwarf den vorgeschlagenen Art. 1 ganz und ebenso nachher der Reichs-

1) Drucksachen des deutschen Reichstags 4. Legislaturperiode, Session 1881, Nr. 72.

2) Stenogr. Berichte Session 1881, S. 838 ff.

tag, es blieb also Art. 12 in seiner alten Fassung bestehen. In dem Kommissionsbericht [1]) sind die Ermittlungen der kaiserl. Normal-Eichungs-Kommission über das Faßeichwesen von 1875 angeführt und zwar heißt es von Württemberg, das von den Handels- und Gewerbekammern und von einzelnen Fachleuten Aeußerungen eingeholt hatte: „Die Eichung der Bierfässer geschieht wohl ausnahmslos durch die amtliche Eichungsanstalt, zu einer Einführung des Eichzwangs ist aber ein Bedürfnis noch nicht zu Tage getreten. Daß die Ueberlieferung gekaufter und verkaufter Flüssigkeiten nur in geeichten Fässern bewerkstelligt werde, wird von der Kammer in Ulm im allgemeinen und von einem Interessenten in Heilbronn in Beziehung auf Wein, Bier, Branntwein und Essig als Usus konstatiert."

Ebensowenig verlangt aber auch jetzt die hiezu berechtigte württ. Gesetzgebung eine amtliche Stempelung der Bierfässer und es ist namentlich weder in den eingangs erwähnten gesetzlichen Bestimmungen, noch in dem Gesetz vom 12. Dez. 1871 betr. die Aenderung einzelner Bestimmungen der Wirtschaftsabgabengesetze [2]), in welchem u. a. auch das oben erwähnte Gesetz vom 8. April 1856 betr. die Malzsteuer die durch die Einführung der Maß- und Gewichts-O. gebotenen Abänderungen erfuhr, eine derartige Vorschrift enthalten. Die angeführte, noch zu Recht bestehende Fin.Min.Verf. vom 3. Juni 1868 betr. die Uebergangskontrolle scheint vielmehr gerade davon ausgegangen zu sein, daß die Bierfäßchen nicht schon bei der Einfuhr geeicht sein müßten, wenn sie in § 5 Abs. 4 sagt: „Ist zum Behuf der Erhebung der Uebergangssteuer von Branntwein oder Bier eine Nacheichung der Gebinde, in denen das Getränke eingieng, nötig, so ist solche auf Kosten des Empfängers durch den Ortssteuerbeamten am Bestimmungsort vornehmen zu lassen."

Damit stimmen die §§ 43, 24, 29 der Anweisung des Steuerkollegiums, betr. den Verkehr in übergangskontrollpflich-

1) Session 1881, Drucksache Nr. 118.
2) Regbl. S. 333.

tigen Gegenständen, vom selben Tage überein; auch ist in diesen die Anerkennung der auswärtigen amtlichen Eichbezeichnung ausdrücklich ausgesprochen.

Zweifellos ist nun, weil die Bierbesteuerung ein Reservatrecht bildet, die württ. Gesetzgebung befugt, bei Erhebung der Uebergangssteuer die Stempelung der mit ausländischem Bier gefüllten Bierfäßchen zu fordern. Sie hätte dazu zwei Wege: entweder die zur Einfuhr gelangenden ungestempelten Fäßchen zurückzuweisen oder die Einfuhr ungestempelter Fäßchen mit Strafe zu bedrohen. Beides aber ist überflüssig; schon zu der im Ausfuhrgebiet vorzunehmenden Ausstellung der nötigen Uebergangs- oder Transportscheine muß auf den Bierfäßchen ihr Meßgehalt bezeichnet sein, dafür ist aber die diese Scheine ausstellende Behörde verantwortlich; sodann wird kein Achskunde ungestempelte Bierfäßchen annehmen, weil er sonst die Lieferung nie mit dem Lieferungsschein vergleichen kann, und überdies versehen alle Bierbrauer zu dieser Vergleichung und zur Wahrung ihres Eigentumsrechts ihre Fässer mit dem Eichungsstempel und daneben mit ihrem Namen, mit Buchstaben, Nummern oder Zeichen.

Auf Grund dieses Ergebnisses, bei dem mit dem Urteil des bayerischen Kassationshofes dahin gestellt bleiben konnte, ob die Bierabgabe eines Bräuers an seine Wirte als im öffentlichen Verkehr geschehen zu betrachten sei, hat die Staatsanwaltschaft die Berufung der Amtsanwaltschaft M. schon vor der Hauptverhandlung der Strafkammer in Hall vom 29. Aug. 1893 zurückgenommen und in dieser die Freisprechung des Angeklagten beantragt, die dann auch erfolgt ist.

II. Die zweite Frage, *ob und inwieweit der bayerische Eichungsstempel auf Fässern auch im übrigen Reichsgebiet gelte und umgekehrt*[1]), beschränkt

1) Diese für den deutschen Weinhandel sehr wichtige Frage hat anläßlich einer Bekanntmachung des hessischen Kreisamts Mainz vom 3. Juni 1893, wornach auf Grund des Art. 20 der Maß- u. Gew.O. die in Bayern geeichten Fässer im öffentlichen Verkehr in Hessen und den üb-

ſich nach dem Ausgeführten auf die vorgeſchriebene Stempelung der Weinfäſſer. Hier handelt es ſich zunächſt darum, ob die Weinfäſſer auf Grund des Art. 12 der Maß- und Gew.O. zu den „Meßwerkzeugen“ i. S. des Art. 20 dieſes Geſetzes gehören. „Maße“ ſind ſie nach den unter Ziff. I erwähnten Quellen jedenfalls nicht und deshalb drückt ſich das genannte Urteil des bayeriſchen Kaſſationshofs vom 28. Sept. 1872 zum mindeſten zweideutig aus, wenn es ſagt, das Geſetz wolle ſie als Maße angeſehen und verwendet wiſſen. Auch der Unterſchied gegenüber den Alkoholometern, Thermometern und Gasmeſſern liegt auf der Hand, denn bei dieſen ſagt ſchon der Name, daß ſie Meßwerkzeuge ſind und gar nichts anderes daneben ſein können, während Fäſſer in erſter Linie Flüſſigkeitsbehälter ſind. Sodann ſcheint Art. 12 davon auszugehen, daß der Wein immer in ſpundvollen Fäſſern zum Verkauf komme. Dies iſt zwar die Regel, bei Faßmangel in weinreichen Jahren trifft ſie häufig aber auch nicht zu. Dennoch müſſen nach Art. 12 auch die nur teilweiſe gefüllten Weinfäſſer beim Verkauf geſtempelt ſein, obgleich dann wohl nur Acciſer, Wirte und Weinhändler mittels Abſtichs an der Hand ihrer Tabellen den Weininhalt berechnen können.

---

rigen Bundesſtaaten nicht oder nur dann verwendet werden dürften, wenn ſie vorher von einer Eichungsſtelle des übrigen Bundesgebiets nachgeeicht ſeien, zu Vorſtellungen der unterfränkiſchen Handelskammer in Würzburg beim bayeriſchen Miniſterium geführt. Das Kreisamt hat in der Folge darauf ſeine Bekanntmachung dahin erläutert, daß alle in Bayern zum Verſandt gelangenden Weine in Fäſſern mit dem bayeriſchen Eichungsſtempel in das heſſiſche Staatsgebiet eingeführt, daſelbſt eingelegt und in Originalgebinden weiter verkauft werden könnten, daß dagegen die weitere Verwendung ſolcher Fäſſer im öffentlichen Verkehr oder die Einführung leerer Fäſſer aus Bayern, die nur die bayeriſche Eiche tragen, unſtatthaft ſei; ſolche Fäſſer müßten vor der Weiterverwendung im öffentlichen Verkehr von einer außerbayeriſchen deutſchen Eichſtelle nachgeeicht ſein. — Eine weitere Bitte der Würzburger Handelskammer um reichsgeſetzliche Ausdehnung des Art. 20 auch auf Bayern, ſo daß für die bayeriſche Eiche Freizügigkeit im ganzen Reich eintrete, wurde vom Miniſterium im Hinblick auf die Ausſichtsloſigkeit einer ſolchen Anregung beim Reich abgelehnt.

Die Maß- und Gewichts-O. selbst enthält keine Bestimmung darüber, was sie unter „Meßwerkzeugen" i. S. ihres Art. 20 versteht, ebensowenig ihre Materialien. Die Motive bemerken [1]), Art. 20 sei ohne alle Erläuterung durch sich selbst verständlich. Dagegen setzt der letzte Absatz des § 369 St.-G.B.'s, der die gerade zum strafrechtlichen Schutz der Maß- und Gew.O. geschaffene Nr. 2 dieses Paragraphen ergänzt, fest, daß im Falle der Nr. 2 neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der vorschriftswidrigen Maße, Gewichte oder sonstigen Meßwerkzeuge zu erkennen sei. Die Worte „vorschriftswidrig" und „sonstigen Meßwerkzeuge" sind erst durch die Novelle vom 26. Februar 1876 in das Gesetz gekommen. Nach den Motiven zu dieser Novelle sind aber unter den „sonstigen Meßwerkzeugen" die Alkoholometer, Thermometer und Gasmesser zu verstehen, wogegen die Weinfässer nicht erwähnt sind [2]). Es ist also sicher, daß von einer Einziehung der nicht oder nicht richtig gestempelten Weinfässer nie die Rede sein kann. Olshausen [3]) zählt die Weinfässer nicht unter den Meßwerkzeugen auf, dagegen Oppenhoff [4]), anscheinend auf Grund des Urteils des bayr. Kassationshofs. Zwar rechnen die Motive zu Art. 1 des Gesetzentwurfs betr. die Bezeichnung des Raumgehalts der Schankgefässe, durch den der Stempelungszwang des Art. 12 der Maß- und Gew.O. auf alle Fässer ausgedehnt werden sollte, die Weinfässer ausdrücklich zu den Meßwerkzeugen [5]), die vorgeschlagene Bestimmung ist aber, wie oben erwähnt ist, nicht Gesetz geworden und somit diese Auslegung belanglos. Dagegen scheiden sämtliche von der Normal-Eichungskommission auf Grund des Art. 18

1) a. a. O. S. 275.

2) Drucksachen des deutschen Reichstags von 1875, Nr. 54 S. 60, Meves, Gesetzgeb. d. deutschen Reichs mit Erläuterungen. 3. Tl. Bd. II, Strafgesetz-Novelle, Note 24 zu § 369 S. 315.

3) Note e. a. A. zu § 369 Nr. 2 St.G.B.'s (4. Aufl.).

4) Note 8 zu § 369 (11. Aufl.).

5) Drucksachen des Reichstags von 1871, Nr. 72.

der Maß- und Gew.O. erlassenen Vorschriften [1]) die Fässer scharf von den Maßen, wie von den Meßwerkzeugen. In der Eichordnung vom 16. Juli 1869 wird im 1. Abschnitt die Eichung der Fässer in § 12 und § 13 letzter Abs. im Anschluß an die Eichung der Flüssigkeitsmaße, aber abgesondert von dieser behandelt, während der 2. Abschnitt die Vorschriften über Wagen und sonstige Meßwerkzeuge enthält, und ebenso verhält es sich mit der Instruktion zur Eichordnung vom 10. Dez. 1869. In gleicher Weise trennt schon die Ueberschrift des 1. Abschnitts der heute noch gültigen Eichordnung vom 27. Dez. 1884: „Material, Gestalt, Bezeichnung und sonstige Beschaffenheit der zur Eichung zuzulassenden Maße und Meßwerkzeuge, Fässer, Gewichte und Wagen" und diese Trennung ist unter „III. Fässer" in den §§ 19 und 20 genau durchgeführt. Ferner spricht gegen die Eigenschaft der Fässer als Meßwerkzeuge eine Bemerkung in der Denkschrift der kaiserl. Normal-Eichungskommission vom 30. Novemb. 1872: bei der Eichung von Fässern brauche überhaupt eine ansehnlich geringere Genauigkeit, wie bei andern Eichungszweigen, erstrebt zu werden [2]). Es sind also die Weinfässer nicht bloß in keiner Vorschrift Meßwerkzeuge genannt oder zu diesen gerechnet, sondern sie sind vielmehr von diesen völlig getrennt und als eigenartige Flüssigkeitsbehälter gesondert behandelt.

Hienach sind die Weinfässer i. S. des Art. 12 auch keine „Meßwerkzeuge", sondern amtlich auf ihren Rauminhalt geprüfte, also selbst erst gemessene, mit dem gefundenen Rauminhalt be-

1) Die Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen (Guttentagsche Ausgabe) Nr. 156 S. 330 ff.; Maß- und Gewichts-O., amtliche, von der württ. Zentralstelle f. Handel u. Gewerbe veranstaltete Ausgabe von 1886.

2) Gesetzgebung a. a. O. S. 335. — Das Reichsgesetz vom 19. Dez. 1874, betr. die Einführung der Maß- u. Gew.O. in Elsaß-Lothringen (Reichsgesetzbl. v. 1875 S. 1) erklärt in § 3 die Eichungsämter für staatliche Anstalten und die Eichmeister für Staatsbeamte, gestattet aber in § 8 den Gemeinden die Errichtung eines Faßeichungsamtes als Gemeindeanstalt, wobei die Gebühren für Rechnung der Gemeinden erhoben werden.

zeichnete Flüssigkeitsbehälter; sie fallen deshalb nicht unter Art. 20 der Maß- u. Gewichts-O., dessen Anwendung auf Bayern durch das Reichsgesetz vom 26. Nov. 1871 [1]), allerdings ausgeschlossen ist [2]), vielmehr nehmen sie durchaus die gleiche Stellung, wie die Schankgefässe nach dem Reichsgesetz vom 20. Juli 1881 ein. Weil diese nicht als

1) Reichsgesetzbl. S. 397.

2) Die Unanwendbarkeit der Art. 19 und 20 der Maß- und Gew.O. auf Bayern ist lediglich durch eine Gebührenfrage begründet. Bayern hatte erst 1869 das im Maßsystem ganz gleiche, aus der Pfalz herübergenommene (französische) Verifikationssystem eingeführt Nach diesem werden in Bayern die sämtlichen im Handelsverkehre verwendeten Maße, Gewichte und Wagen alljährlich bezw. alle 2 Jahre einer wiederholten Eichung und Stempelung durch den Verifikator unterzogen, es müssen deshalb die Gebühren sehr mäßige sein, während nach der Maß- und Gew.O. v. 1868 nur die Gebrauchs- und Kontrollnormale der Eichbehörden einer regelmäßigen Revision unterstellt sind und die Gebühren für die einmalige Eichung etwa das 2½fache der bayerischen betragen. Wegen der großen Kosten einer nochmaligen Umwandlung behielt Bayern, das natürlich ebenso genau, wie das übrige Reich, eicht, sein Verifikationssystem bei, deshalb sind dort die Art. 15—18 der Maß- und Gew.-O. ausgeschlossen. In der Befürchtung, es würden wegen der niedrigen Gebühren auch aus dem übrigen Reichsgebiet die Maße und Gewichte nach Bayern zum Eichen gesandt oder von dort bezogen, ließ die Reichsgesetzgebung den Art. 20 auf Bayern nicht gelten; die Bemühungen der bayer. Regierung und der bayer. Reichstagsabgeordneten, auch für die bayer. Maße und Gewichte die Freizügigkeit im Reich zu erlangen, waren erfolglos vgl. Drucksachen des Reichstags von 1871 Nr. 71 und 94, Verhandlungen v. 1871 (Sitzung v. 20. Nov. 1871) S. 372 ff, auch S. 513; die Fässer wurden mit keiner Silbe erwähnt. Von einem andern Standpunkt scheint das Bundesgesetz vom 10. März 1870 ausgegangen zu sein. das lautet: „Der Bundesrat ist befugt, nach Vernehmung der Normal-Eichungskommission zu bestimmen, daß Maße, Gewichte und Meßwerkzeuge, welche von der Eichungsstelle eines nicht zum nordd. Bunde gehörenden deutschen Staates, dessen Maß- und Gewichtssystem in Uebereinstimmung mit demjenigen des nordd. Bundes geordnet ist, geeicht und mit dem vorschriftsmäßigen Stempelzeichen beglaubigt worden sind, im Bundesgebiet im öffentlichen Verkehr angewendet werden dürfen." Aber auch mit der Verschiedenheit der Gebühren wird sich der Ausschluß der bayerischen Maße, Gewichte und Meßwerkzeuge aus dem übrigen Reichsgebiet nicht mehr rechtfertigen

Meßwerkzeuge gelten, schreibt § 4 dieses Gesetzes vor, daß Gast- und Schankwirte gehörig gestempelte Flüssigkeitsmaße von einem zur Prüfung ihrer Schankgefässe geeigneten Einzel- oder Gesamtinhalt bereit zu halten haben. Für die Weinfässer ist also die Freizügigkeit im ganzen deutschen Reiche gewahrt und es dürfen solche mit bayrischem Eichungsstempel im übrigen Reichsgebiet und umgekehrt im öffentlichen Verkehr verwendet werden.

Nur um eine Einschränkung dieser Freizügigkeit könnte es sich bei den bayerischen Weinfässern handeln. Da sie nämlich in Bayern selbst von Zeit zu Zeit wieder geeicht werden müssen, so wäre man auch im übrigen Reich berechtigt, diese Wiedereichung für die fortgesetzte Gültigkeit der Stempelung zu verlangen. Allein die Reichsgesetzgebung gieng bei dem Gesetz vom 26. Nov. 1871 davon aus [1]), daß im übrigen Reich auch die nur einmal gestempelten bayerischen Maße und Gewichte dauernd gültig wären, also von dem Grundsatz, daß die Erfüllung der inländischen Formvorschriften genüge, wie er in andern Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannt ist [2]).

Wollte man dagegen in den gestempelten Weinfässern Meßwerkzeuge erblicken — auch das Haller Urteil thut dies —, so daß der bayerische Stempel im übrigen Reichsgebiet ungültig wäre, so wäre die Weisung des Steuerkollegiums an seine Beamten, Fässer mit vorschriftsmäßigen bayrischen Eich-

---

lassen, seitdem durch das Reichsgesetz vom 19. Dez. 1874 auch in Elsaß-Lothringen die periodische Nacheichung eingeführt oder vielmehr das dort schon bestehende Verifikationssystem reichsgesetzlich bestätigt und die Bestimmung der Nacheichungsgebühren dem Oberpräsidenten übertragen worden ist. Hier ist also die zeitliche Gültigkeit auch der übrigen bundesstaatlichen Eiche eingeschränkt. Nach dem Bescheid des bayerischen Ministeriums an die Würzburger Handelskammer ist übrigens inzwischen die Eichgebühr für Weinfässer in Bayern erhöht worden, so daß sie der Reichseichtaxe nahezu gleich ist.

1) Vgl. namentlich die Rede des Staatsministers Delbrück, a. a. O. S. 374.

2) C.P.O. §§ 53 u. 334, W.O. Art. 84 u. 85.

und Stempelzeichen nicht zu beanstanden, so wohlgemeint sie ist, nicht zulässig; denn die ihr nachträglich gegebene beschränkende Auslegung ist in ihr nicht enthalten, vielmehr ist nach ihr auch das von einem Verkäufer in Württemberg an einen württembergischen Käufer mit Wein gelieferte, in Bayern gestempelte Faß nicht zu beanstanden. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaut, aus der Vergleichung mit § 6 a. a. O., namentlich aber aus der Abweichung von den Vorschriften vom 6. März 1883. Daß der in Bayern gekaufte Wein auch in Fässern mit dem bayerischen Stempel unbeanstandet ins Inland gebracht werden darf, ergibt sich schon aus Abs. 2 des Art. 12 der Maß- und Gew.O., denn hier ist gestattet, den ausländischen Wein — i. S. des Art. 20 der Maß- und Gewichts-O. gehört Bayern zum Ausland — in den Originalgebinden ohne vorherige Stempelung weiter zu veräußern, natürlich ist dann noch vielmehr seine Einfuhr aus dem Ausland in ungestempelten oder im Ausland gestempelten Fässern erlaubt.

Praktisch ist die Frage nur für die Weinhändler und Wirte, denn im gegebenen Fall sind nur sie Gewerbetreibende i. S. des § 369 Nr. 2 St.G.B.'s und können wegen der Nichtbeachtung des Art. 12 durch Uebergabe von Wein in Fässern ohne den Reichs- oder den bayerischen Eichungsstempel gestraft werden. Da aber Art. 12 den Eichungszwang für Weinfässer ganz allgemein vorschreibt, so ist er, weil ihm nur Gewerbetreibenden gegenüber durch die genannte Strafandrohung Geltung verschafft werden kann, teilweise ein unvollständiges Gesetz.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

26.

Sind in einem von dem Konkursverwalter aufgenommenen Prozesse des Gemeinschuldners die Kosten des Rechtsstreits schlechthin, oder bloß vom Zeitpunkte der Aufnahme des Verfahrens seitens des Konkursverwalters an Masseschulden bzw. Masseforderungen?

Die Witwe H. hatte gegen den Bankier K. gerichtliche, dem Beklagten am 4. Mai 1892 zugestellte Klage auf Rückzahlung eines Darlehens von 7000 M. nebst Zinsen erhoben. Von dem Beklagten wurde der Rechtsanwalt G. zum Prozeßbevollmächtigten bestellt, welcher mit Schriftsatz vom 5. Mai 1892 den Antrag auf Abweisung der Klage angekündigt hatte, da das Darlehen zur Rückzahlung erst am 3. August 1892 fällig werde. Im Verhandlungstermin vom 27. Mai 1892 war niemand erschienen, weil am 16. Mai 1892 gegen den Beklagten der Konkurs eröffnet worden war. Im Prüfungstermin vom 3. August 1892 war von dem kläg. Vertreter zur Feststellung angemeldet und festgestellt worden 1) das Darlehen von 7000 M. nebst Zinsen bis zur Konkurseröffnung, wogegen 2) der Anspruch auf Ersatz der bis dahin erwachsenen Prozeßkosten im Betrag von 77 M. 45 Pfg. vom Konkursverwalter bestritten wurde. Der kläg. Vertreter beantragte hierauf die Aufnahme des unterbrochenen Prozesses gegen den Konkursverwalter mit dem „der veränderten Sachlage" (K.O. § 134 Nr. 3) entsprechenden Antrag, „die bis zur Konkurs-

eröffnung der Klägerin erwachsenen Prozeßkosten im Betrag von 77 M. 45 Pfg. als Ersatzanspruch der Klägerin gegen die K.'sche Konkursmasse festzustellen und die durch die Aufnahme des Verfahrens erwachsenen Kosten der Konkursmasse zu Lasten zu legen."

Nach kontradiktorischer Verhandlung hierüber, in welcher Rechtsanwalt G. nunmehr als Vertreter des Konkursverwalters um kostenfällige Abweisung des erhobenen Kostenersatzanspruchs gebeten hatte, nahm die Klägerin mit seiner Zustimmung die Klage unter Uebernahme der ihr gesetzlich zur Last fallenden Kosten zurück, wonach beklagterseits Urteil dahin beantragt wurde, daß die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe. Die Klägerin beantragte hiegegen, die Beklagte — abgesehen von den im aufgenommenen Verfahren entstandenen Kosten, welche Klägerin der Konkursverwaltung ersetzen werde — mit ihrem Ersatzanspruch betr. die bis zur Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner erwachsenen Kosten abzuweisen. Durch hienach ergangenes, rechtskräftig gewordenes Urteil wurde die Klägerin schlechthin zu Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilt. Der Streitwert wurde in 3. Wertsklasse festgesetzt und bei Festsetzung der auf bekl. Seite erwachsenen Kosten die aus dem ursprünglichen Streitwert von 7000 M. in Anspruch genommene Prozeßgebühr von 60 M. auf 4 M. (entsprechend einem Streitwert von 77 M. 45 Pf.) abgestrichen.

Der Abstrich wurde auf hiegegen erhobene Beschwerde aufgehoben.

Gründe:

Der Titel, aus welchem die Festsetzung der Kosten, welche in dem eingangs erwähnten Rechtsstreite auf beklagter Seite überhaupt erwachsen sind, der Klägerin gegenüber begehrt ist, scheidet der Klägerin schlechthin die Kosten dieses Rechtsstreits zu, ohne einen Unterschied zwischen den bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter bereits erwachsenen und den durch diese Aufnahme bzw. seitdem entstandenen Kosten zu machen. Wenn in den Gründen des Urteils eine diesbezügliche Ausscheidung dem Feststellungsverfahren vorbehalten

und in dem mit der vorliegenden Beschwerde angegriffenen Festsetzungsbeschluß in der Folge auch in der Richtung gemacht worden ist, daß die auf bekl. Seite erwachsenen Kosten von dem Konkursverwalter nur in Höhe der von der Masse selbst aufgewendeten Kosten und der aus ihr dem früheren Prozeßbevollmächtigten des Gemeinschuldners (als Konkursgläubiger) auf seine bezügliche Deservitenforderung zu bezahlenden Dividende der Klägerin gegenüber aufgerechnet werden können, so hat jener Vorbehalt in dem Festsetzungstitel, dem Urteilstenor selbst, keinen Ausdruck gefunden, hindert also auch eine von demselben absehende Kostenfestsetzung nicht [1]).

In der That läßt sich die von dem Unterrichter in seinem Kostenfestsetzungsbeschluß durchgeführte Unterscheidung nicht halten. Mit der von dem Konkursverwalter erklärten Aufnahme des zur Zeit der Konkurseröffnung zwischen der Klägerin und dem Gemeinschuldner anhängig gewesenen, durch die Konkurseröffnung unterbrochenen und nach der Feststellung im Prüfungstermin nach Vorschrift des § 134 Abs. 3 und 4 der C.P.O. auf die strittig gebliebenen Prozeßkosten beschränkten Rechtsstreits erscheint das seitherige Streiten des Gemeinschuldners seitens der Konkursverwaltung gebilligt (zu vgl. auch K.O. § 9 Abs. 2) und ist der Anspruch des Gemeinschuldners auf Ersatz der von ihm bisher aufgewendeten Prozeßkosten eine Aktivforderung der Masse geworden, wie andrerseits zufolge der Aufnahme des Prozesses sowohl die etwa weiter bis dahin, als die von da ab sich ergebenden Kosten als Kosten zu bezeichnen sind, welche infolge der das bisherige Streiten (im Umfang des angenommenen Prozesses) genehmigenden und sich demgemäß für die fernere Prozeßführung entscheidenden Entschließung und entsprechenden Handlungsweise des Konkursverwalters der Masse zur Last fallen [2]).

Demgemäß war der Beschwerde stattzugeben 2c. 2c.

Beschluß des 2. Civilsenats des Oberlandesgerichts in Sachen H. gegen K. vom 11. April 1893.

---

1) s. C.P.O. § 293 und Gaupp, Komm. 2. Aufl. 1, S. 597.

2) s. K.O. § 52 Nr. 1; Stieglitz, K.O. 1. Aufl. S. 384 oben.

27.

Zur Frage der Dispositionsbefugnis des Hausvaters über das adventizische Vermögen des Hauskinds nach württ. Recht. Bedarf ein von dem Hausvater abgeschlossener Vergleich über zum bonum adventitium regulare eines minderjährigen Hauskinds gehörige Forderungen der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde?

I. Der Beklagte H. hat am 12. Juni 1886 auf der Jagd die Klägerin, die am 2. Oktober 1883 geborene eheliche Tochter des Maurers R., Rosine, durch einen Schuß am rechten Arm verletzt. Laut Urkunden vom 27. Juli und 12. August 1886 verzichteten die Eltern bzw. der Vater des Kindes gegen Empfang einer an sich nicht unerheblichen Abfindungssumme, welche von ihnen auf ihrem Anwesen zu Gunsten des verletzten Kindes unterpfändlich sicherzustellen war und in der Folge auch sichergestellt wurde, auf alle etwaigen weiteren Ansprüche. Bemerkt ist in der Urkunde vom 27. Juli unter Bezugnahme auf ein beiliegendes Zeugnis des Dr. K., daß die in den Arm geschossene Tochter wieder geheilt sei und daß sich voraussichtlich eine weitere Folge an die Verletzung nicht knüpfen werde, in der Urkunde vom 2. August 1886 wurde aber die Abfindungssumme erhöht, weil angenommen werden könnte, daß die Verletzung doch noch Folgen haben könne, und *jede Nachforderung aus irgend welchem Grund ausgeschlossen sein solle*.

Wegen *dauernder* Gebrauchsbeschränktheit des verletzten Armes und der dadurch bewirkten Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit hat gleichwohl der Vater als gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Hauskinds namens des letzteren hinterher Klage auf weitere Entschädigung erhoben. Gegenüber der Einrede des Vergleichs wurde in erster Linie dessen Ungültigkeit (außer Anderem) wegen mangelnder obervormundschaftlicher Genehmigung geltend gemacht, in zweiter Linie aber Wiedereinsetzung der Klägerin in den vorigen Stand begehrt.

II. Sowohl in erster als in zweiter Instanz wurde der Ersatzanspruch der Klägerin als zu deren bonum adventitium regulare gehörig erachtet und in dem Vergleichsabschluß und der in demselben enthaltenen Aufgabe von Rechten eine Veräußerung erblickt. — Hievon ausgehend erklärte das Landgericht den Vergleich für ungültig; soweit der Vater namens der Klägerin als deren gesetzlicher Vertreter gehandelt, mangle die obervormundschaftliche Genehmigung; als Nießbraucher sei er zu der Veräußerung der Substanz nicht berechtigt. Das Oberlandesgericht räumte dem Vater die Veräußerungsbefugnis gleichfalls nur im Namen des Kindes als dessen natürlichem Vormund ein, enthielt sich aber einer Entscheidung der Frage, ob der Vergleich, sei es wegen Nichtachtung eines gesetzlichen Veräußerungsverbots bzw. einer gesetzlichen Voraussetzung für die Veräußerung, oder wegen eines sonstigen Grunds nichtig sei, indem die Klägerin durch den Vergleich jedenfalls nicht unerheblich geschädigt erscheine und auch sonst die Voraussetzungen der eventuell von der Klägerin nachgesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben seien.

Aus den Gründen des Urteils 2. Instanz:

„2) In rechtlicher Beziehung ist mit dem Unterrichter davon auszugehen, daß der im Streit befangene Ersatzanspruch, welcher Gegenstand des Vergleichs vom 27. Juli bzw. 12. Aug. 1886 war, soweit begründet, zu den s. g. bona adventitia reg. der Klägerin gehörte und gehört [1]).

„Mit Recht hat sodann der Unterrichter in dem Vergleichsabschluß eine Veräußerung erblickt, welche die sonstigen allenfallsigen Erfordernisse ihrer Zulässigkeit (Nützlichkeit, decr. alienandi etc.) vorausgesetzt — dem Vater der Klägerin nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur namens des Kindes zustand [2]).

„Die hiegegen angezogene reichsgerichtliche Entscheidung Bd. 16 S. 123 ff., welche, von der Frage der Veräuße-

1) s. auch Entsch. des R.G. XVI. S. 124.

2) cf. L. 8 §§ 4, 5 Cod. de bon. quae lib. 6, 61; Entsch des R.G. X. S. 150, XV, 194; zu vgl. Windscheid, Pand. § 532 Note 5.

rung abſehend (ſ. S. 125 l. c. a. E.), die entgeltliche Abfindung einer zweifelhaften Forderung ohne offenkundigen Verſtoß gegen das Intereſſe des forderungsberechtigten Hauskindes innerhalb des eigenen (Gubernations-) Rechts des Hausvaters zuläßt, trifft vorliegend nicht zu, wo es ſich um die Verfügung über eine ihrem Grund nach unzweifelhafte Forderung gegen einen durchaus ſolventen Schuldner und damit um eine Veräußerung [1]) zum entſchiedenen Nachteil des Kindes offenkundig handelt.

„Es trifft auch nicht zu, daß es nach württ. Recht ſich anders verhalte, als nach gemeinem Recht. Durch das württ. Recht ſind die Vorausſetzungen für die Zuläſſigkeit der Veräußerung von advent. Liegenſchaft und von advent. Fahrnis modifiziert worden [2]); kein zureichender geſetzlicher Anhaltspunkt aber liegt dafür vor, daß in Abſicht auf die Frage, ob der Hausvater in den ihm vom Geſetze überhaupt erlaubten Fällen der Veräußerung von ordentlichem Eigengut ſeiner Hauskinder kraft eigenen Rechts oder nur namens des Kindes als geſetzlicher Vertreter desſelben vorzugehen befugt ſei, das gemeine Recht abgeändert worden ſein ſollte. Insbeſondere iſt dies auch nicht ausgeſprochen damit, daß nach der Entſcheidung des vormaligen württ. Obertribunals [3]) der Hausvater zur Veräußerung von adventiziſchem Eigengut ſeiner Hauskinder (in dem Falle des § 111 der Hauptinſtr. vgl. mit § 113. 117. 118 u. ſonſt) keiner obervormundſchaftlichen Genehmigung bedürfe, und noch weniger berechtigt zu einer ſolchen Annahme der Umſtand, daß von Stein — Hohl (württ. Erbr. § 241 Zuſ. 2) und von Lang (Fam.Recht 2. Aufl. S. 534 Mitte) Forderungen, welche zum ordentl. Eigengut des Hauskinds gehören, bzw. in ſtatutariſcher Nutznießung des Hausvaters ſtehen, hinſichtlich der Zuläſſigkeit ihrer Veräußerung

1) vgl. Wächter, württ. Pr.R. II. S. 639 Ziff. 1.

2) vgl. Landr. IV. 5 §§ 5. 6. IV, 9 § ult. K. Ver. vom 21. Mai 1825 §§ 41 und 48. Hauptinſtr. zum württ. Pfandgeſ. §§ 109 – 118. 121. 130. 131.

3) Württ. Arch. XVI. S. 338.

schlechthin der Fahrnis gleichgestellt d. h. ohne die für Immobilien gebotene [1]) Rücksicht auf Notwendigkeit oder Nützlichkeit der Veräußerung und ohne ein decr. alienandi d. h. (s. Not.Ges. Art. 20) ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde als (durch den Hausvater) veräußerlich erklärt sind. Indem nach dem Zeugnisse von Hohl l. c. die württ. Doktrin und Praxis hinsichtlich des statutarischen Nießbrauchs des Parens sich für die Annahme eines eigentlichen, nicht eines uneigentlichen Nießbrauchs, aus welch letzterem allein ein eigenes Recht des Hausvaters zum Angriff auf die Substanz, also zur Veräußerung der dem Nießbrauch unterstehenden Forderungen folgen würde [2]), entschieden hat, ist vielmehr ein Zeugnis dafür erbracht, daß der Vater die advent. Forderungen nach württ. Doktrin und Praxis nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur namens des Hauskinds veräußern darf. Hiefür spricht auch die Landrechtsstelle I, 16 § 5 vgl. mit § 6, welche, soweit sie Angesichts des § 51 Abs. 2 der C.P.O. noch jetzt Geltung hat, bestimmt, daß der Hausvater als natürlicher Vormund des minderjährigen Hauskindes letzteres in Prozessen, welche das seiner statutarischen Nutznießung unterworfene Vermögen betreffen, aktiv und passiv (ohne vormundschaftliches Dekret 2c.) zu vertreten, also diesbezüglich namens des Kindes zu handeln befugt sein soll.

„War hienach der Vater der Klägerin zum Abschluß des Vergleichs, resp. des für sich und das Kind erklärten Verzichts auf jede Nachforderung, soweit es das Kind anlangt, nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur namens des Kindes als dessen natürlicher Vormund befugt, so kann die Frage, ob nun der Vergleich sei es wegen Nichtachtung eines gesetzlichen Veräußerungsverbots resp. einer gesetzlichen Voraussetzung für die Veräußerung (Notwendigkeit, Nützlichkeit 2c.) oder wegen eines sonstigen Grundes [3]) nichtig ist, dahingestellt bleiben, weil die

1) Stein — Hohl § 240 Abs. 2. Lang S. 532 f.

2) s auch Mot. zum Entw. e. b. G.B. für das deutsche Reich, Fam.R. S. 762.

3) Vgl. Entsch. des R.G. XV. S. 202 und, insoweit die §§ 110. 111

minderjährige Klägerin gegen die in ihrem Namen vorgenommene Verfügung ihres Vaters und natürlichen Vormunds über die in Rede stehende Ersatzforderung jedenfalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren könnte [1]) und ihrem hierauf gerichteten Gesuch auf Grund der Feststellungen unter Ziff. 1 lit. a und b oben stattzugeben war."

III. Durch Urteil des Reichsgerichts vom 30. Jan. 1893 wurde das Urteil 2. Instanz wegen Mangels ausreichender Begründung der Thatsache der Läsion der Klägerin aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Die väterliche Gewalt begründet das Recht der Nutznießung am Adventizvermögen der Hauskinder, das Recht freier Verwaltung und einer an die Schranken der Vormundschaft nicht gebundenen vermögensrechtlichen Vertretung.

„Schließt der Nießbrauch nicht das Recht des Angriffs auf die Substanz in sich, so kann die Aufgabe der Substanz nicht für die eigenen Zwecke des Vaters erfolgen. Der Vater kann und darf somit nicht für sich, sondern nur für das Kind, also namens desselben veräußern.

„Die Aufgabe eines Rechts fällt zwar im allgemeinen unter den Begriff der Veräußerung; der Vergleich ist aber keine einseitige Aufgabe eines meist bestrittenen Rechtes, sondern eine Ausgleichung durch gegenseitiges Zugeständnis, das eben auch in teilweiser Aufgabe und teilweiser Befriedigung eines Anspruchs bestehen kann. Demgemäß ist auch nicht anzunehmen, daß die nur von Uebertragung des Eigentums und Verpfändung handelnden Veräußerungsverbote in l. 1. 2. C. de bonis mat. 6. 60, l. 4. l. 6 § 2, l. 8 § 5 Cod. de bonis, quae liberis 6. 61 auf Vergleiche auszudehnen sind. Es rechtfertigt sich vielmehr die Annahme, daß das dem Vater einge-

---

der Hauptinstr. in sinngemäßen Betracht kämen, Sarwey, Mon.schr. VI. S. 144 ff. und Lang, a. a. O. S. 525. D. E.

1) s. Entsch. des R.G. XV. S. 194 vgl. mit § 195; Seuffert, Arch. Bd. 47, Nr. 178.

räumte ausgedehnte Verwaltungsrecht (plenissima potestas, gubernatio penitus impunita l. 6 § 2 C. 6. 61) auch die Befugnis in sich schließt, durch Abschluß eines Vergleichs eine sichere Rechtslage herbeizuführen [1]). Nicht zugestimmt werden kann in dieser Beziehung der Ausführung des Berufungsgerichts, die angeführte Entscheidung des erkennenden Senats in Band XVI. Seite 123 der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen treffe hier nicht zu, da es sich um eine ihrem Grunde nach unzweifelhafte Forderung handle. Die bestehende und durch den Vergleich zu hebende und gehobene Ungewißheit des Anspruchs kann auch in der Ungewißheit des Umfangs des Anspruchs bestehen [2]).

„Dem schon in der erstinstanzlichen Verhandlung vom 21. November 1891 gestellten und aus materiellen Gründen bekämpften Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht gemäß seiner Richtung gegen eine von dem Vater als gesetzlichen Vertreter der Klägerin vorgenommene Handlung zunächst das Verbot der Wiedereinsetzung von Descendenten gegen Handlungen der Ascendenten nicht im Wege [3]). Gemäß dem Alter der am 2. Oktober 1873 geborenen Klägerin steht auch die Rechtzeitigkeit des Antrags nicht in Frage. Auch das Versehen des gesetzlichen Vertreters konnte insofern als ausreichend begründet erachtet werden, als der Mangel sorgfältiger Erwägung durch den Hinweis auf die Ungenügendheit des Zeugnisses des Dr. K. und die Unterlassung jeder zureichenden Vergewisserung über die mutmaßliche zukünftige Gestaltung der Sachlage begründet ist. Dagegen erscheint die benachteiligende Wirkung um so weniger als ausreichend begründet, als bei gehöriger Vertretung des Minderjährigen zur Wiedereinsetzung eine größere Erheblichkeit des erlittenen Nachteils verlangt

1) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. XVI. Seite 123 und 125; Blätter für Rechtsanwendung, Band 57 Seite 69

2) Windscheid, Pandekten VII. Auflage II. Band § 413.

3) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. XV. S. 194; Seuffert, Archiv, Band 47 Nr. 178; Blätter für Rechtsanwendung, Band 57 Seite 57.

werden muß [1]). Das Berufungsgericht beschränkt sich in dieser Beziehung ꝛc. ꝛc.

IV. Auf Grund erneuter Verhandlung wurde nunmehr die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

„2) Wenn sich sodann für die behauptete Unverbindlichkeit der Vereinbarungen vom 27. Juli und 2. August 1886 darauf berufen wird, daß den Vereinbarungen die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde fehle, so ist darauf hinzuweisen, daß zur Zeit der Vereinbarungen zwar nicht die Existenz des Entschädigungsanspruchs, wohl aber dessen Umfang — zumal hinsichtlich der Folgen der Verletzung — ungewiß war und daß mindestens diese Ungewißheit durch die Vereinbarungen gehoben worden ist. Letztere charakterisieren sich hienach zufolge der maßgebenden Entscheidung des Revisionsgerichts nicht sowohl als Veräußerung eines Forderungsrechts, wie vom Unterrichter und in der diess. Entscheidung vom 14. Juli 1892 angenommen worden ist, als vielmehr als Abschluß eines Vergleichs.

„Da sodann, wie ferner und ohne Rüge der Revision angenommen worden ist, der Entschädigungsanspruch zu dem ordentlichen adventizischen Eigengut der zur Zeit des Vergleichsabschlusses, wie noch jetzt, in der Gewalt ihres Vaters befindlichen bzw. befindlich gewesenen Klägerin gehörte, so war, wie das Revisionsgericht in ferner maßgebender Weise ausgesprochen hat, der Vater der Klägerin zum Abschluß des Vergleichs mit Rechtswirkung auch für die Klägerin schon kraft eigenen Rechts auf Grund der l. 6 § 2 Cod. de bon. qu. lib. 6, 61 befugt, sofern nur der Vergleich den Interessen der Klägerin nicht in offenkundiger Weise widersprach [2]). Daß an diesem gemeinrechtlichen Satze durch

1) l. 49 Dig. de minor. 4, 4. »si *grande* damnum pupilli vel adolescentis versatur«; Windscheid, Pandekten, VII. Auflage Band I. Seite 331 Note 3.

2) s. Entsch. des Reichsg. Bd. XVI. S. 125 unten.

das württ. Partikularrecht etwas geändert, daß hiedurch [1]) insbesondere für Dispositionen über adventizische Forderungen minderjähriger Hauskinder die Einholung der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde dem Hausvater vorgeschrieben worden wäre, ist nicht ersichtlich und namentlich den die Dispositionsbefugnisse der Eltern bzw. des Hausvaters über das Vermögen der Kinder betreffenden Spezialvorschriften in Landrecht I, 16 § 5 vgl. mit § 6; IV, 5 §§ 5. 6, IV, 9 § ult.; Kgl. Verordnung vom 21. Mai 1825 §§ 41. 42. 48 (bei Siegle, Pfandgesetz S. 271—72) und Hauptinstruktion zum württ. Pfandges. §§ 109—118. 121. 130 und 131 nicht zu entnehmen.

„3) Hängt hienach die Entscheidung des Rechtsstreits davon ab, ob der Vergleich vom 27. Juli bzw. 2. August 1886 den Interessen der Klägerin in offenkundiger Weise widersprach oder nicht, so sind für die Beantwortung dieser Frage ähnliche Erwägungen maßgebend, wie für die Beantwortung der nach dem Ergebnisse Ziff. 2 nicht länger [2]) im Vordergrund stehenden, die Wiedereinsetzung der Klägerin in den Stand vor Abschluß des Vergleichs betreffenden Frage, ob die Klägerin durch den Vergleich eine beträchtliche Schädigung (ein damnum grande) erlitten hat oder nicht. Insbesondere sind auch für die Frage einer offenkundigen Verletzung der Interessen der Klägerin durch den Vergleich ins Auge zu fassen und gegen einander abzuwägen einerseits die Vorteile, welche der Klägerin zufolge des Vergleichs zugiengen, und andrerseits die ihr durch ihre Verletzung zugegangenen Vermögens- bzw. Erwerbsnachteile. (Im folgenden wird sodann die Frage verneint, daß der abgeschlossene Vergleich den Interessen der Klägerin in

1) Für unzweifelhafte Veräußerungen von (zumal erheblichen) Forderungen freilich dürfte sich die Notwendigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung schon gemeinrechtlich ergeben. S. Entsch. des Reichsg. in Civils. Bd. XVI. S. 124 unten; zu vgl. indes württ. Arch. XVI S. 338; Hohl, württ Erbr. S. 241 Zus. 2; Lang, Fam.Recht 2. Aufl. S. 534 Mitte. D. E.

2) cf. l. 3 § 4 Dig. de min. 4, 4; l. 8 § 5 Cod. de bonis, quae lib. 6, 61 und Entsch. des Reichsgerichts in Civils. XV. S. 104 u.

offenkundiger Weiſe widerſprochen, bzw. daß die Klägerin durch denſelben eine beträchtliche Schädigung erlitten habe).

„War hienach die Klägerin mit ihrem Angriff auf die Rechtsverbindlichkeit des Vergleichs zurückzuweiſen, ſo war der in dem Vergleich verzichtete Anſpruch auf die jetzige Nachforderung und damit die vorliegende Klage abzuweiſen."

V. Die auch gegen dieſes Urteil erhobene Reviſionsbeſchwerde, welche neben anderem auf unterlaſſene Ausübung des Fragerechts inbetreff einzelner kläg. Ausführungen zur Frage der Läſion geſtützt wurde, iſt durch Urteil des Reichsgerichts vom 25. Jan. 1894 zurückgewieſen worden, in deſſen Gründen inbetreff der ſoeben ausgehobenen Rüge nach diesbezüglicher Darlegung des Standpunktes des Vorderrichters bemerkt iſt: „Einer für unbegründet erachteten Einwendung gegenüber war aber zur Ausübung des Fragerechts ebenſowenig Anlaß, als gegenüber einer unſchlüſſigen Beweisführung."

Urteile des 2. Civilſenats des K. Oberlandesgerichts in Sachen H. gegen R. vom 14. Juli 1892 und 3. Juli 1893.

28.

Zu Art. 1 und 11 des Liegenſchaftsgeſetzes.

Laut ſchriftlichen Kaufvertrags vom 18. Juli 1883 verkauften „J. K., G. H., L. H. und A. S., ad 2 u. 4 abw(eſend) an C.B." eine Reihe von Grundſtücken, die ſie durch Kauf vom 23. Mai 1883 erworben hatten. Die Unterſchriften des Vertrags lauten: „J. K. — L. H. — Käufer C.B." Am Rand eines hinter der Kaufvertragsurkunde folgenden Nachtragsvertrags vom 30. Juli 1883 iſt vom Ratsſchreiber bemerkt: „Laut Geſellſchaftsauflöſungsvertrag vom 13. Juli 1883 ſind die Geſellſchafter G. H. und A. S. aus der" (von den vier im Kaufvertrag als Verkäufer aufgeführten Perſonen gebildeten) „Geſellſchaft ausgeſchieden." In § 8 des Kaufvertrags war geſagt: „Verkäufer behalten die Genehmigung — von K. Kreisregierung zur ſtückweiſen Veräußerung bevor": die ver-

kaufte Liegenschaft umfaßte nämlich mehr als ein Viertel eines von den Verkäufern erworbenen Hofguts im Flächengehalt von über zehn Morgen.

Gegen eine auf den Vertrag vom 18. Juli 1883 gestützte Klage von J. K. und L. H. gegen C. B. machte letzterer geltend, daß der genannte Vertrag gegen Art. 1 und 11 des Liegenschaftsgesetzes verstoße. Das Weitere ergeben die

Gründe:

Die Klage stützt sich in erster Linie auf den Verkauf vom 18. Juli 1883, wodurch der Beklagte einen Teil seines an die Kläger und ihre Gesellschafter G. H. und A. S. veräußerten Hofguts, bestehend in der Scheuer und dem Hofraum Nr. 29, dem Gras- und Baumgarten Nr. 204 und einer Mehrzahl von Güterstücken, größtenteils sog. Gemeinderechtsgütern, zurückzuerwerben beabsichtigte. Allein dieser Vertrag, welcher als Liegenschaftsverkauf nur in den durch das Gesetz vom 23. Juni 1853 vorgeschriebenen Formen gültig abgeschlossen werden konnte, hält einer Prüfung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht Stand. Das Gesetz erfordert (Art. 1) einen schriftlich abgefaßten und von den Kontrahenten oder deren Bevollmächtigten unterzeichneten Vertrag, welcher als wesentlichen Bestandteil zuvörderst (Art. 2 a) die Namen der Kontrahenten enthalten muß. Die Vertragsurkunde vom 18. Juli 1883 führt nun, wie aus der beglaubigten Abschrift ersichtlich und unter den Parteien unbestritten ist, als Verkäufer neben den Klägern den G. H. von Gersbach und A. S. von Sandhof Gemeinde Hohnhardt auf, welche gemeinschaftlich mit den Klägern durch den Kauf vom 23. Mai 1883 das Anwesen des Beklagten erworben hatten. Dagegen haben am Schluß der Urkunde nur die beiden Kläger J. K. und L. H. als Verkäufer unterzeichnet und bietet zur Aufklärung dieses Widerspruchs die Urkunde selbst nur die im Eingang beigefügte Notiz dar, welche die Verkäufer H. und S. als abwesend („ad 2 und 4 abw.") bezeichnet. Da aus der Urkunde in keiner Weise hervorgeht, daß die Kläger zugleich als Bevollmächtigte dieser abwesenden Mitkontrahenten unterzeichnet haben, so ist nicht zu bestreiten,

daß die Urkunde entweder an einer unrichtigen Angabe der Kontrahenten oder an einer Unvollſtändigkeit der Unterſchriften der Beteiligten leidet und deshalb in der einen oder in der andern Richtung dem Geſetz nicht entſpricht. Der Geſetzgeber verlangt, daß der weſentliche Vertragsinhalt in der ſchriftlich abgefaßten und unterſchriftlich anerkannten Urkunde zur unzweideutigen Darſtellung komme. Dies iſt nicht der Fall, wenn ein Teil der Kontrahenten nicht unterſchrieben hat, und trifft ebenſowenig dann zu, wenn Nichtkontrahenten in der Urkunde als Kontrahenten aufgeführt werden. Daß es bei einer Mehrheit von Verkäufern nicht bloß darauf ankommt, ob die unterzeichneten Teilnehmer in der Urkunde zugleich als Kontrahenten genannt ſind, daß ſie vielmehr auch als die ausſchließlichen Kontrahenten aus der Urkunde hervorgehen müſſen, erhellt auch daraus, daß die Frage, ob ſie allein oder in Verbindung mit weiteren Mitkontrahenten verkauft haben, für den Umfang ihrer Vertragspflichten und -Rechte von weſentlichem Einfluß iſt. Müſſen die vorliegenden Unterſchriften der beiden Kläger nach dem übrigen Inhalt der Urkunde auf einen gemeinſchaftlich mit zwei andern Verkäufern eingegangenen Vertrag bezogen werden, ſo iſt, wenn der Vertrag in Beziehung auf dieſe letzteren nicht zu Stande kam, der Umfang der von den Klägern ſelbſt übernommenen Verpflichtung und derjenige ihrer erworbenen Vertragsbefugniſſe aus der Urkunde ſelbſt nicht mehr mit Sicherheit zu entnehmen. Sind insbeſondere die Kläger etwa willens geweſen, mit Ausſchluß der genannten Mitkontrahenten als Verkäufer der geſamten Vertragsobjekte einzutreten, ſo hat dieſe ihre Abſicht in der Urkunde keinen Ausdruck gefunden und deshalb keine rechtliche Beachtung zu beanſpruchen.

Wenn die Kläger nunmehr unter Berufung auf den ſog. Geſellſchaftsauflöſungsvertrag d.d. 13. Juli 1883 geltend machen, daß ihnen durch Uebereinkunft mit den Geſellſchaftern H. und S. die Anteile der letzteren an der zu verkaufenden Liegenſchaft abgetreten geweſen ſeien, ſo iſt in dem Hauptvertrag vom 18. Juli 1883 jede urkundliche Bezugnahme auf einen ſolchen

Abtretungsakt zu vermissen, und wird mit Recht darauf hingewiesen, daß die Bezeichnung der genannten Kontrahenten als abwesend durchaus keine Verneinung ihrer wirklichen Beteiligung an dem Vertrag enthält, (wie denn auch aus der Thatsache ihrer Anführung in der von dem Ratschreiber aufgenommenen Urkunde in gegenteiligem Sinne geschlossen werden kann, daß sie von den anwesenden Klägern als mitbeteiligt genannt und dem Beklagten als Mitverkäufer bezeichnet worden seien). Wenn ferner die Kläger sich noch darauf berufen, daß dem Nachtragsvertrag vom 30. Juli 1883, in welchem wiederum alle vier Gesellschafter als Verkäufer genannt sind, die von dem Ratschreiber beurkundete Randbemerkung beigefügt ist, daß laut Gesellschaftsauflösungsvertrags vom 13. Juli 1883 die Gesellschafter H. und S. aus der Gesellschaft ausgetreten seien, so ist mit diesem Zusatz (dessen Entstehung übrigens nach Zeit und Veranlassung nicht aufgeklärt ist) nicht zum Ausdruck gebracht, daß die genannten Gesellschafter ihre durch den Kauf vom 23. Mai 1883 erworbenen Anteile an den in Frage stehenden Vertragsobjekten nicht mehr besitzen und nicht zu verkaufen willens seien, und war derselbe schon aus diesem Grund nicht geeignet, dem gerügten Mangel der Vertragsurkunden vom 18. und 30. Juli 1883 abzuhelfen.

Muß nach dem Ausgeführten dem Vertrag vom 18.—30. Juli 1883 schon aus dem bezeichneten formellen Grund die Gültigkeit abgesprochen werden, so kommt es nicht mehr darauf an, ob, wie der Beklagte gleichfalls geltend macht, in demselben ein unerlaubter Stückverkauf im Sinn des Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes zu erblicken wäre. Es erscheint jedoch auch dieser Einwand nicht unbegründet, da ein nach der gesetzlichen Regel verbotener Verkauf, welcher nur auf Grund besonderer Erlaubnis der Kreisregierung abgeschlossen werden durfte (Art. 11 cit. Abs. 2 Ziff. 5), vor Erteilung dieser Erlaubnis auch nicht bedingungsweise mit rechtlichem Erfolg eingegangen werden konnte und die fehlende Legitimation der Verkäufer zum Vertragsschluß durch den in den Ver-

trag aufgenommenen Vorbehalt der Genehmigung nicht ersetzt wurde [1]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 23. März 1893 i. S. Kaltenbach u. Gen. g. Bauer.

29.

Uebertragung eines Fischereirechts durch bloßen Vertrag?

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den Gründen:

Mit der gegenwärtigen Klage nimmt der Kläger die Fischereigerechtigkeit im Rothfluß auf der Markung Stetten O.A. Laupheim in Anspruch, und es widerspricht der Beklagte diesem Anspruch deshalb, weil er selbst der Berechtigte zu sein behauptet. Jede Partei gründet ihr Recht auf käuflichen Erwerb seitens des früheren Eigentümers der Fischereigerechtigkeit. Der Unterrichter stützt sein der Klage stattgebendes Urteil auf die Erwägung, daß eine Fischereigerechtigkeit als dingliches Recht nicht durch bloßen Vertrag erworben werden könne, sondern daß zum Vertrage der Erwerb des Rechtsbesitzes hinzutreten müsse, daß es deshalb unerheblich sei, welche Partei zuerst einen Kaufvertrag über das Fischwasser mit Xaver Braun abgeschlossen habe, daß jedenfalls auch der Kläger einen solchen Vertrag abgeschlossen und daß er den Beweis erbracht habe, vor dem 24. Januar 1892 die Fischerei auf dem strittigen Wasser ausgeübt zu haben, während der Beklagte nicht dargethan habe, vor diesem Tage durch Ausübung der Fischerei den Besitz des Rechtes erworben zu haben.

Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung erscheint begründet.

Während in der Lehre des gemeinen Rechtes die Frage immer noch kontrovers ist, ob eine Dienstbarkeit durch den Bestellungsvertrag als solchen erzeugt werden kann, oder ob zur Vollendung dieses Vertrages, wie zu der des Eigentumsübertragungsvertrages, Besitzeinräumung hinzutreten muß, be-

1) vgl. auch Württ. Archiv, Bd. 19 S. 334.

steht für unser Partikularrecht nach feststehender Rechtsanschauung kein Zweifel darüber, daß es zur Begründung einer Dienstbarkeit durch Vertrag der Uebertragung des Rechtsbesitzes nicht bedarf [1]).

In Konsequenz dieser Rechtsanschauung muß auch zur Uebertragung einer schon bestehenden Dienstbarkeit der hierauf gerichtete Vertrag allein und ohne Einräumung des Besitzes der Dienstbarkeit für ausreichend erachtet werden. Und es muß dies auch für die Uebertragung des im Streite befindlichen Fischereirechtes gelten, das entweder eine Servitut im eigentlichen Sinne oder doch mindestens, wenn nämlich die Roth ein öffentliches Wasser ist, als Sonderrecht an einem öffentlichen Flusse ein servitutenähnliches Recht ist, auf das die Grundsätze über eigentliche Servituten sachentsprechende Anwendung finden [2]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 24. November 1892 i. S. Ott gegen Müller.

30.

Steht dem Universalvermächtnisnehmer ein gesetzlicher Pfandrechtstitel zu?

Diese Frage wurde aus folgenden

Gründen

bejaht:

Nach der Ueberschrift und dem Wortlaut des Art. 38 des Pfandgesetzes scheint der hier normierte Pfandrechtstitel nur dem Singularvermächtnisnehmer, nicht auch dem Universalvermächtnisnehmer zuzustehen. Aus der Entstehungsgeschichte

1) Vgl Hufnagel, Mitteilungen II. Bd. S. 129; Weishaar, Württemb Privatrecht II. Bd. § 525 bei lit. a, Reyscher, Württemb. Privatrecht § 303 Note 2, Lang, Sachenrecht § 72 bei und in Anm 14.

2) Vgl. die Entscheidungen des Obertribunals Stuttgart in Sarwey's Archiv Bd. 1 S. 434 und in Seuffert's Archiv Bd 28 Nr. 164, Lang, Sachenrecht § 118 Anm. 5, Hesse in Gerber's Jahrbüchern Bd. 7 S. 271 ff., Endemann, das ländliche Wasserrecht §§ 12. 15 und 18.

des Artikels ergiebt sich jedoch, daß er auch dem letztern zukommt. Bolley sagt in seinem Kommentar Bd. 1 S. 203, der Artikel spreche etwas zu beschränkt nur von Legatarien, die Stände haben aber darunter auch die Fideikommissarien begriffen, aber keinen Antrag deshalb gestellt, weil sie davon ausgegangen seien, daß es auch von der Regierung nicht anders gemeint sei. Schon der ständische Ausschuß hat in den von ihm gegebenen „näheren Bestimmungen zu Ausführung der Pfandrechtstheorie" bei Anführung dieses Pfandrechtstitels neben „Legatarien" in Parenthese beigesetzt: „Fideikommissarien"[1]), und in dem Bericht der ständischen Kommission ist gesagt: „Bei dem Pfandrechtstitel der Legatarien und Fideikommissare, wegen dessen der Gesetzesentwurf und die Sätze des Ausschusses übereinstimmen, hat die Kommission nichts zu erinnern." Wenn hier von Fideikommissaren die Rede ist, so können hierunter nur Universalfideikommissare verstanden sein, weil zwischen Legat und Singularfideikommiß ein rechtlicher Unterschied nicht mehr besteht.

Es ist hienach anzunehmen, daß die Ueberschrift des Artikels nicht dessen ganzen Inhalt umfaßt und daß das Wort Vermächtnis in der allgemeinsten Bedeutung genommen ist und jede Art von Vermächtnis damit bezeichnet werden sollte[2]).

Dieser Auslegung ist um so mehr beizutreten, weil ein innerer Grund dafür, dem Universalvermächtnisnehmer diesen Titel nicht zu gewähren, nicht vorliegt. Er bedarf dieser Sicherung allerdings dann nicht, wenn das Erbschaftsgrundstück in dem Fideikommiß begriffen ist, weil er sich in diesem Fall sein Recht auf Erwerbung desselben gemäß Art. 71 des Pf.-Entw.Ges. wahren kann; trifft dies aber nicht zu, so ist kein Grund abzusehen, warum sein Recht nicht gerade so, wie das des Singularvermächtnisnehmers, soll sicher gestellt werden können. Man muß daher annehmen, daß das Gesetz zwischen

---

1) Verh. der Kammer der Abg. von 1823 und 24 III. außerordentl. Beil. Heft I. Abt. S. 184 lit. e.

2) eod. S. 255.

Singular- und Univerſalvermächtnisnehmern einen Unterſchied nicht machen wollte [1]).

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 14. April 1893 i. S. Lorch g. Muff.

31.

Zu Art. 225 des Pfandgeſetzes. Muß unter Umſtänden vor Erhebung der Schadenserſatzklage gegen die Unterpfandsbehörde der dritte Beſitzer des verpfändeten Grundſtücks belangt werden? Iſt dieſer Erwerber gegen die Klage des Unterpfandgläubigers durch Art. 15 des Pfandentwicklungsgeſetzes geſchützt, wenn eine unſtatthafte Löſchung des Unterpfands ſtattgefunden hat?

Steht dem Pfandgläubiger, den die verklagten Mitglieder der Unterpfandsbehörde an den dritten Beſitzer des Unterpfands verweiſen, die Replik der Argliſt zu?

Die Unterpfandsbehörde zu B. hatte ſich anläßlich des Privatverkaufs von fünf dem Kläger verpfändeten Grundſtücken durch den Schuldner mehrfache Verfehlungen gegen die geſetzlichen Vorſchriften bezüglich Fertigung und Vollziehung der Kaufſchillingsverweiſung zu Schulden kommen laſſen. Der Kläger blieb infolge dieſer Verfehlungen mit 1100 M. ſeiner unterpfändlich geſicherten Forderung unbefriedigt. Die Löſchung des Unterpfands des Klägers auf den veräußerten Grundſtücken iſt erfolgt. Die Schadenserſatzklage des Pfandgläubigers gegen zwei Mitglieder der Unterpfandsbehörde iſt zur Zeit abgewieſen worden aus folgenden, das einſchlägige Partei-Vorbringen ergebenden

Gründen:

I. Kläger kann für den Schaden, der ihm durch das Verhalten des Gemeinderats zugegangen iſt, die Beklagten als Mitglieder desſelben zu ihrem Anteil an dem berechneten Ausfall erſt dann in Anſpruch nehmen, wenn er zuvor die dritten

1) Reyſcher, württ. Priv.R. § 322; Lang, Sachenrecht II. S. 192; Hohl Erbrecht § 161.

Besitzer der durch den Privatverkauf der Fischer'schen Eheleute veräußerten Unterpfänder ausgeklagt hat. Denn die Schadensersatzklage gegen die Unterpfandsbehörde findet nach Art. 225 des Pfand-Ges. erst alsdann statt, wenn zuvor diejenigen ausgeklagt worden sind, welche nach den Civilgesetzen zur Leistung der übernommenen Verbindlichkeit oder zum Schadensersatz verbunden sind, und nur soweit, als der Kläger dadurch nicht vollkommene Befriedigung erhalten hat. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung scheint nun zwar der dritte Pfandbesitzer nicht unter dieselbe zu fallen. Es wollte jedoch mit dieser Bestimmung, worauf auch das Schweigen der landständischen Verhandlungen über diesen Artikel hindeutet, nur der schon gemeinrechtlich und auch im früheren württembergischen Rechte [1]) bei der Klage gegen die Obrigkeit geltende Grundsatz wiederholt werden, daß dieselbe nur insoweit stattfinde, als der Beschädigte nicht durch die ihm zu Gebot stehenden übrigen Mittel gegen sonstige Verpflichtete zum Ersatz seines Schadens gelangen kann [2]). Zu den vor der Unterpfandsbehörde Auszuklagenden gehört daher auch der dritte Besitzer eines Pfandes, da der Gläubiger von diesem Herausgabe desselben behufs seiner Befriedigung zu verlangen berechtigt ist (Art. 117 des Pf.Ges.) und die über die Rechtsverhältnisse des Pfandgläubigers zum dritten Besitzer des Unterpfands geltenden Grundsätze der Anwendbarkeit des Art. 225 auf den letzteren nicht im Wege stehen.

II. Die derzeitigen dritten Besitzer der Unterpfänder sind nicht, wie Kläger will, gegen dessen Pfandklage durch die Bestimmungen des Art. 15 des Pfandentw.Gesetzes geschützt. Denn nach diesem Gesetz ist derjenige, welcher auf Grund des Güterbuchs und des Unterpfandbuchs in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel Eigentum oder andere dingliche Rechte übertragende, durch die zuständige Stelle bestätigte Ver-

---

1) Bolley, öffentl. Unterpfänder S 314.

2) Württb. Archiv Bd. 14 S. 141. Seeger, PfandGes. Bd. 2 S. 149. Mayer, Kommentar Bd. 2 S. 312.

träge abgeschlossen hat, nach Vollziehung der letzteren gegen unbekannte Ansprüche Dritter nur auf gleiche Weise, wie der Hypothekar-Gläubiger, gesichert. Hieraus folgt, daß in denjenigen Fällen, in welchen ein Hypothekar-Gläubiger gegen dingliche Rechte Dritter und insbesondere gegen früher bestellte Pfandrechte nicht gesichert wäre, auch der Erwerber des Eigentums nicht geschützt sein soll. Es kommt daher darauf an, ob ein Pfandgläubiger im gleichen Falle gegen noch nicht erloschene, wenn auch gelöschte, auf demselben Grundstücke früher bestellte Pfandrechte gesichert sein würde. Hierin entscheidet die Bestimmung der Art. 70 und 222 des Pfand-Ges., wonach eine unstatthafte Löschung eines Unterpfands (Art. 210 ff. des Pfand-Ges.) dem Gläubiger oder Berechtigten nicht schadet. Die Regel ist sonach, daß ein späterer Pfand-Gläubiger gegen ein auf derselben Sache früher bestelltes, unstatthafter Weise gelöschtes Unterpfand nicht gesichert ist, und das Gleiche muß auch von dem späteren Erwerber des Eigentums an dieser Sache gelten.

Daraus ergibt sich weiter, daß dem späteren Erwerber des Eigentums gegen ein auf derselben Sache früher bestelltes Unterpfandsrecht, wenn dasselbe statthafter Weise, jedoch ohne die Folge der Erlöschung desselben, gelöscht ist, der Schutz des Art. 15 cit. zu Statten kommt. Der Art. 18 des PfandEntw.-Gesetzes hat zwar die Erfordernisse einer statthaften Löschung modifiziert und die Bestimmung getroffen, daß der Gläubiger und sein Rechtsnachfolger in den in Abs. 1 dieses Art. näher bezeichneten Fällen ohne vorgängige Benachrichtigung desselben, in den übrigen Fällen, nachdem derselbe von der Unterpfandsbehörde unter Anberaumung einer zureichenden Frist zu etwaiger Verwahrung gehörig benachrichtigt worden ist und diese Frist versäumt hat, die später und vor Eintragung einer Verwahrung in Bezug auf die verpfändete Sache gesetzmäßig bestellten oder übertragenen Rechte gegen sich gelten lassen muß, insoweit also der spätere Erwerber des Eigentums der Sache gegen die Ansprüche eines solchen Gläubigers sicher gestellt ist.

Für diejenigen Fälle, in welchen eine ſtatthafte Löſchung mit der aus Art. 18 cit. ſich ergebenden Modifikation der Erforderniſſe einer ſolchen nicht vorliegt, iſt es aber bei den obenangeführten Beſtimmungen, wornach dieſelbe dem Rechte des früheren Pfandgläubigers nicht ſchadet und der ſpätere Erwerber des Eigentums gegen das gelöſchte Pfandrecht nicht geſichert ſein ſoll, geblieben. Nach dieſen Beſtimmungen hätte Kläger zur Begründung ſeiner Behauptung, die jetzigen Beſitzer der ihm verpfändeten, inzwiſchen vom Käufer weiter veräußerten Güterſtücke ſeien gegen ſeinen Angriff geſchützt, darthun müſſen, daß die unbeſtritten vorgenommene Löſchung in ſtatthafter Weiſe und insbeſondere auch mit Beobachtung der in Art. 18 des Pfandentw.Geſetzes über die Benachrichtigung des Gläubigers enthaltenen Vorſchriften erfolgt ſei. Es hat aber Kläger weder dargelegt, daß die Nachweiſe, auf Grund deren teilweiſe Löſchung eines Unterpfands geſtattet iſt (Hauptinſtruktion § 262), geliefert ſeien, insbeſondere daß er in die teilweiſe Löſchung entweder perſönlich vor der Unterpfandsbehörde oder durch Einſendung einer unverdächtigen Urkunde ausdrücklich eingewilligt habe, oder daß eine teilweiſe Bezahlung der Schuld durch die Verwendung des ganzen Erlöſes aus einem für dieſen Zweck geſetzmäßig, alſo bei einem Privatverkauf mit Genehmigung des Gläubigers, veräußerten Unterpfand bewirkt worden ſei, noch daß er von der ſtattgehabten Löſchung in gehöriger Form benachrichtigt worden ſei, oder daß einer der Fälle, in welchen es einer beſonderen Benachrichtigung nicht bedürfe, vorliege. Fehlt es hienach am Nachweiſe, daß das Pfandrecht des Klägers an den nunmehr im Beſitze Dritter befindlichen Unterpfändern in ſtatthafter Weiſe, insbeſondere unter Anwendung der in Art. 18 des PfandGeſ. über die Benachrichtigung des Pfand-Gläubigers gegebenen Vorſchrift gelöſcht worden iſt, ſo ermangelt die Behauptung des Klägers, wornach dieſe dritten Beſitzer gegen ſeine Pfandklage geſichert ſein ſollen, der Begründung.

III. Der Einrede der Vorausklage ſteht ebenſowenig die Replik der Argliſt entgegen. Das Verſchulden der Beklagten,

auf welchem die gegenwärtige Regreßklage beruht, beſteht nämlich darin, daß dieſelben als Mitglieder der Unterpfandsbehörde eine unrichtige Kaufſchillingsverweiſung gefertigt und vollzogen haben. Der den dritten Beſitzern der verpfändeten Grundſtücke für den Fall, daß dieſelben infolge der Pfandklage des Klägers aus deren Beſitz kommen ſollten, erwachſende Schaden würde nicht eine Folge dieſer Kaufſchillingsverweiſung und deren Vollziehung bilden, wäre vielmehr darauf zurückzuführen, daß die Unterpfandsbehörde das Pfandrecht des Klägers an den ihm verpfändeten verkauften Grundſtücken, obwohl dasſelbe wegen Nichtgenehmigung des Kaufes nicht erloſchen war, unſtatthafter Weiſe gelöſcht habe, und daß infolge hievon dieſe Grundſtücke von den nunmerigen Beſitzern als pfandfrei gekauft worden ſeien, während die letzteren im Falle des Unterbleibens der Löſchung von dem eingetragenen Unterpfand hätten benachrichtigt werden müſſen. Es hätte daher Kläger zum Nachweiſe des Beſtehens eines den dritten Beſitzern der Unterpfänder gegen die Beklagten zuſtehenden Rückgriffsrechts ſein Vorbringen, wornach dieſe dritten Beſitzer im Falle ihrer Angriffnahme ſeitens des Klägers ſofort wieder ihren Regreß an die Beklagten zu nehmen berechtigt ſein ſollen, durch nähere Angabe über den Hergang bei der Löſchung, inbeſondere auch darüber, daß die Beklagten am Löſchungsbeſchluſſe der Unterpfandsbehörde teilgenommen haben, näher thatſächlich begründen müſſen. Iſt aber nicht einmal dargethan, daß überhaupt dem dritten Beſitzer der dem Kläger verpfändeten Grundſtücke ein Rückgriffsrecht an die Beklagten zuſtehe, ſo erſcheint auch die Behauptung des Klägers, daß die Beklagten ſich durch das Verlangen der Ausklagung der dritten Beſitzer ſeiner Unterpfänder eines argliſtigen Verhaltens ſchuldig machen, nicht als begründet.

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 21. April 1893 i. S. Kleinknecht und Pfleiderer gegen Werner.

Die gegen dieſes Urteil eingelegte Reviſion iſt zurückgewieſen worden. In den Gründen des Reichsgerichts-Urteils

iſt geſagt; der Replik der Argliſt fehle es an jeder geſetzlichen Grundlage.

„Die Beklagten haben, indem ſie den Kläger zunächſt an die Drittbeſitzer der verpfändeten Liegenſchaften verweiſen, nur von dem ihnen nach dem Württembergiſchen Pfandgeſetz zuſtehenden Rechte Gebrauch gemacht. Ob dieſe ſich wieder an die Beklagten regreſſieren könnten (und mit welchem Erfolge), iſt eine Frage, welche das Rechtsverhältnis zwiſchen Kläger und den Beklagten nicht berührt. Der Satz dolo facit, qui petit, quod redditurus est (l. 8 pr. D. de doli exc. 44, 4, l. 17 § 3 D. de R. J. 50, 17) hat zur Vorausſetzung, daß derjenige, welcher eine Leiſtung von einem Andern fordert, das Geleiſtete nach dem zwiſchen dieſen Beiden beſtehenden beſonderen Verhältniſſen dem Anderen alsbald wieder leiſten oder erſtatten müßte.

(Vergleiche Windſcheid, Pandekten II. § 349 Nr. 2 Note 3). Die Beklagten fordern aber von dem Kläger nichts; ſie halten ſeiner Klage lediglich eine ihnen zuſtehende Einrede entgegen. Von einem Dolus oder einer analogen Anwendung jenes Satzes kann ſomit keine Rede ſein.“

32.

Zur Beſtimmung des Begriffs des Betrugs bei Vertragsabſchlüſſen.

Das Thatſächliche ergibt ſich aus den

Gründen:

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe ihn argliſtig zu Eingehung des zwiſchen den Parteien abgeſchloſſenen Vertrags, insbeſondere zu Uebertragung des dem Kläger auf dem in die Weraſtraße fallenden bis dahin in ſeinem Eigentum befindlichen Platz zuſtehenden Auffüllrechts bewogen und er verlangt Erſatz ſeines Intereſſes, hiezu nicht verleitet worden zu ſein d. h. den Erſatz desjenigen Betrags, welchen der Kläger durch anderweite Uebertragung, beziehungsweiſe Verwertung dieſes Rechts hätte erzielen können.

Zur Begründung dieſer Klage wird vorgetragen, die Beklagte habe dem Kläger bei den Unterhandlungen über den Vertrag verſchwiegen, daß ſie ſchon dem Werkmeiſter B. zur Eröffnung der Landhausſtraße verpflichtet geweſen ſei, und ſie habe ihm vorgeſpiegelt, daß ſie in ihren Entſchlüſſen, ob ſie dieſe Straße eröffnen wolle oder nicht, noch frei ſei. Ferner habe die Beklagte, obwohl ſie den hohen Wert jenes Auffüllrechts gekannt habe, nicht nur den Kläger in dem Glauben gelaſſen, dieſes Auffüllrecht ſei um vieles weniger wert, ſondern auch durch ihre Mitteilungen dieſe Meinung in ihm erregt. Hätte Kläger dieſe Thatſachen gekannt, ſo würde er, wie der Beklagten bewußt geweſen, den Vertrag nicht eingegangen haben.

Es iſt zweifellos, daß ein Betrug durch Verſchweigung einer Thatſache begangen werden kann, nicht bloß dann, wenn ein Vertrags-Verhältnis ſchon beſteht, ſondern auch wenn ein ſolches erſt begründet und gerade die Eingehung des Vertrags durch Benützung des bei dem Gegner vorhandenen Irrtums herbeigeführt werden ſoll. l. 11 § 5 Dg. 19. 1. Allein dies ſetzt voraus, daß der eine Vertragſchließende dem andern zur Mitteilung der Thatſache, über welche der letztere irrt, verpflichtet iſt.

Eine ſolche Verpflichtung beſteht hinſichtlich der Mängel und Fehler des Vertragsgegenſtands oder ſonſtiger erſichtlich vorausgeſetzter Eigenſchaften desſelben, wenn überhaupt die fragliche Thatſache auf die Beurteilung der Größe und Beſchaffenheit der Leiſtung des einen Teils von weſentlichem Einfluß iſt; ſie beſteht, wenn ſonſt eine geſetzliche Vorſchrift oder vertragsmäßige Zuſage die Offenlegung der wirklichen Sachlage gebietet, insbeſondere, wenn nach der Verkehrsſitte ſolche Mitteilungen üblich ſind.

Allein daneben gibt es viele Fälle, in denen eine Partei in den Beweggründen ihres Handelns irrt, in welchen der eine Vertragsſchließende bei Kenntnis der verſchwiegenen Thatſache unzweifelhaft den Vertrag nicht eingegangen hätte, in welchen aber dennoch auch die wiſſentliche Verſchweigung nicht als Argliſt

aufgefaßt werden kann und den Gegner nicht zur Anfechtung des Vertrags berechtigt, weil dieſer kein Recht auf Mitteilung der verſchwiegenen Thatſache hatte. Wenn jemand eine Ware kauft, um ſie an einen Konkurrenten des Verkäufers zu verkaufen, obwohl er weiß, daß der Verkäufer bei Kenntnis dieſes Umſtands die Ware nicht verkauft haben würde, ſo iſt dieſes Verſchweigen einflußlos. Ebenſo wird, wenn jemand ſchneller, als der andere Teil, eine für die Preisbeſtimmung einer Ware wichtige Nachricht erhält und auf Grund dieſer Nachricht mit Gewinn kauft oder verkauft, der benachteiligte Verkäufer oder Käufer den Vertrag nicht deshalb anfechten können, weil ihm die entſcheidende Thatſache verſchwiegen worden ſei[1]). Im Verkehr hat jeder Kontrahent die Aufgabe zu löſen, durch Anwendung von Aufmerkſamkeit und durch eigene Erkundigung eine möglichſt zuverläſſige Anſicht ſich über die künftigen Konjunkturen zu verſchaffen und danach ſein Verhalten beim Kontrahieren einzurichten, auf Unterſtützung ſeitens des andern Teils hat er dabei nicht zu rechnen. Es iſt nicht üblich, daß der eine Teil dem andern über die vorhandenen ihm günſtigen Verhältniſſe Mitteilung macht und ſo ſeine eigene Lage verſchlimmert und die des andern verbeſſert. Insbeſondere iſt niemand verpflichtet, ſeinen Gegenkontrahenten darüber aufzuklären, was er zu thun entſchloſſen ſei und wozu er ſich einem Dritten gegenüber verbindlich gemacht habe.

Hievon ausgegangen, muß zunächſt die Anfechtung des Vertrags deshalb, weil der Beklagte dem Kläger den Wert ſeines Auffüllrechts in der Weraſtraße argliſtig verſchwiegen und ihn darüber getäuſcht habe, als ungerechtfertigt zurückgewieſen werden.

Nach dem Geſetz liegt darin allein, daß jemand wiſſentlich und, ohne den unvorſichtigen Kontrahenten über das wahre Wertsverhältnis aufzuklären, eine Sache zu teuer verkauft,

1) ReichsO.H.G. B. 4 S. 317; Seuffert, A. Bd. 11 S. 35 Nr. 26. Bd. 8. S. 59; Römer, Entſch. des Ober-App.G. zu Lübeck III. S. 702. 703; Voigt, neues Archiv f. HandelsR. N. F. Bd. 3 S. 244. 246. 247.

oder zu wohlfeil kauft, noch keine betrügerische Handlungsweise, s. Seuff. A. Bd. 4 S. 178 Nr. 104.

Eine solche Aufklärung ist auch im Verkehr nicht üblich; es ist vielmehr Sache des Verkäufers, sich die nötige Kenntnis von der Beschaffenheit und dem Wert seiner Sache zu verschaffen und er ist auch dazu besser im Stande, als der Käufer.

(Weiter wird ausgeführt, daß Kläger in der Lage war, sich Kenntnis über diesen Wert zu verschaffen, daß nicht erwiesen ist, daß die Beklagte absichtlich im Kläger eine falsche Vorstellung über den Wert seines Auffüllplatzes hervorgerufen habe, und daß das Verschweigen des Vertrags mit dem Werkmeister B., wonach Bekl. zur Eröffnung der Landhausstraße verpflichtet war, keine Arglist darstelle, weil Bekl. zu einer Mitteilung hierüber nicht verbunden gewesen sei).

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 26. Februar 1892 i. S. Drescher g. Stuttgarter Immobilien- und Bau-Geschäft.

33.

Differenzgeschäfte [1]).

Der Beklagte, welcher im März 1891 in Geschäftsverkehr mit dem Kläger getreten war, ist dem letzteren nach dessen Rechnungsaufstellung, deren ziffermäßige Richtigkeit nicht beanstandet wird, aus Börsengeschäften 16660 M. nebst 6% Zinsen vom 1. Oktober 1891 an schuldig geworden. Der Beklagte bestreitet diese Forderung aus dem Grunde, weil die Forderung aus nicht klagbaren reinen Differenzgeschäften herrühre.

Der Beklagte ist dem Klagantrag gemäß verurteilt worden aus folgenden

Gründen:

Der Einwand des Beklagten, daß es sich bei den zwischen ihm und dem Kläger in der Zeit vom April 1891 an abge-

1) Vgl. Bd. 4 S. 17 der Jahrbücher.

schlossenen Geschäften über verschiedene Börsenpapiere, aus welchen nach der Aufstellung des Klägers sich ein bezüglich der ziffermäßigen Berechnung unbestrittenes Guthaben des Klägers von 16660 M. nebst 6% Zinsen vom 1. Oktober 1891 an ergibt, um reine Differenzgeschäfte gehandelt habe, weshalb der Forderung des Klägers die Klagbarkeit abgehe, ist thatsächlich nicht begründet. Es liegen die Merkmale des reinen Differenzgeschäftes, wie sie in den Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 6 S. 224; Bd. 15 S. 279; Bd. 17 S. 42. 322; Bd. 21 S. 99 und des R.G. in den Entsch. Bd. 12 S. 17; Bd. 23 S. 38, in Seuff. Arch. Bd. 43 Nr. 111 S. 169 und in der Jur. Wochenschrift von 1892 S. 166 Nr. 31, S. 464 Nr. 17 18 und S. 484 Nr. 23 aufgestellt sind, nicht vor, daß nämlich durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinkunft der Parteien Recht und Pflicht zur effektiven Lieferung, beziehungsweise Abnahme und Zahlung der Papiere ausgeschlossen, Recht und Pflicht nur auf eine Geldsumme (die Differenz zwischen dem verabredeten Preise und dem Börsenkurse der Papiere am Erfüllungstage) beschränkt worden wäre.

1) Um Zeitgeschäfte handelte es sich allerdings bei den im April und Mai abgewickelten Geschäften über 15 000 M. Laura-Aktien und 15 000 M. Diskontokommanditanteilscheinen (Bergwerks- und Bank-Aktien). Die weiteren Engagements betrafen Zeitgeschäfte in Eisenbahnaktien, und bestanden in:

a) dem Verkauf von 150 Lombarden à 46½ resp. 45½ p. ult. Juni um ca. 30 000 M. (am 29. Mai und 1. Juni),

b) dem Kauf von 300 Lombarden à 49,70 M. p. ult. Juni um ca. 62 000 M. (am 15. Juni),

c) dem Verkauf von ebenfalls 300 Lombarden à 45,10 p. ult. Juli um ca. 45 250 M. (am 27. Juni), sowie außerdem

d) in den Kaufgeschäften p. ult. Juni über 100 russische Südwestbahnaktien à 91½ resp. 90,60 um ca. 30 000 M.
75 Warschau Wiener Aktien à 250,90 um ca. 36 500 M.
30 000 M. Marienburger Aktien à 73¾ um ca. 22 750 M.
30 000 M. Ostpreuß. Eisenb.-Aktien à 93,50 um ca. 28 750 M.
lit. d zus. ca. 118 000 M.

Bei den Lombarden handelte es sich hienach teilweise um ein zur Regulierung der ursprünglichen Geschäfte abgeschlossenes Kompensationsgeschäft. Im übrigen handelte es sich um Report- resp. Prolongationsgeschäfte und um Kompensationsgeschäfte bezüglich der unter lit. a—d aufgeführten Kaufsgeschäfte.

2) Waren die ursprünglichen Geschäfte reelle Käufe, resp. Verkäufe, so konnten sie nicht durch die Prolongierungen zu reinen Differenzgeschäften werden, weil die Prolongierungen den Zweck haben, dem Abnahmepflichtigen die Möglichkeit des effektiven Bezugs, allerdings zu einem späteren Termin, dem Ultimo des nächsten Monats, zu verschaffen, beziehungsweise dem Lieferungspflichtigen die Möglichkeit der effektiven Lieferung an dem Ultimo des folgenden Monats zu eröffnen. Es ist in dieser Beziehung auf die Ausführung in der Entsch. des R.G. Bd. 28 S. 25—28 Bezug zu nehmen.

3) Wenn sodann der Beklagte, soweit er Papiere auf Zeit gekauft hatte, vor oder am Erfüllungstage eine gleiche Quantität eben solcher Papiere durch den Kläger verkaufen ließ, beziehungsweise an denselben, der als Kommissionär gemäß der ihm nach Art. 376 des H.G.B. zustehenden Befugnis in sich machen konnte, verkaufte, so liegt ein Rückverkauf vor, eine Regulierung des ursprünglichen Zeitkaufs in der Weise, daß die vom Beklagten gekauften und die von ihm an den Kläger zurückverkauften Papiere beiderseits als durch Kompensation geliefert zu gelten hatten, und ebenso der ursprüngliche Kaufpreis und der Preis des Rückverkaufs gegen einander aufzurechnen war und durch die sich ergebende Differenz festgestellt wurde, was der eine Teil von dem andern zu fordern hatte. Ebenso liegt, wenn der Beklagte, soweit er Papiere auf Zeit verkauft hatte (was bei den Lombarden der Fall ist), vor oder am Erfüllungstag Papiere derselben Art auf denselben Termin erkaufte, ein Rückkauf (sg. Kompensationsgeschäft) vor, bei welchem die durch Vergleichung des Verkaufspreises und des Rückkaufpreises sich ergebende Differenz den Saldo bildet, den der eine Teil dem andern zu bezahlen hat. Ein solcher Rückverkauf, resp. Rückkauf kann einen ursprünglich reellen Kauf resp. Ver-

kauf nicht hinterher in ein reines Differenzgeschäft verwandeln, und der Rückverkauf resp. Rückkauf selbst, der nur die Beendigung der noch laufenden Spekulation bildet, und zur Feststellung ihres Resultats dient, kann nicht als Spiel aufgefaßt werden [1]).

Weder aus den erfolgten Prolongationen, noch aus den zur Abwicklung der Spekulationen des Beklagten geschlossenen Kompensationsgeschäften läßt sich also abnehmen, daß unter den Parteien das Recht auf effektive Lieferung und Abnahme ausgeschlossen gewesen sei.

4) Ohne Belang für die Frage, ob nach der Absicht der Parteien nur Erledigung durch Differenzzahlung erfolgen konnte, ist es auch, daß bei diesen Geschäften lediglich die Differenz zwischen dem Preise der ursprünglich gekauften resp. verkauften Papiere und dem Preise, der dem Prolongations- resp. Kompensationsgeschäfte zu Grunde lag, berechnet wurde. Denn diese Differenz bildete eben den Saldo, den aus diesen Geschäften der eine Teil vom andern zu fordern hatte. Insbesondere kann darauf nichts ankommen, daß nicht der Gesamtkaufpreis für die den Gegenstand eines Geschäfts bildende Quantität als Guthaben des einen Teils ausgerechnet, und damit der Gesamtpreis für dieselbe Quantität, welchen dieser Teil dem andern schuldig wurde, verglichen worden ist, daß vielmehr die Differenz zwischen dem Einheitspreissatze des einen und dem des andern Geschäftes gezogen und dann auf die betreffende Quantität diese Differenz gerechnet wurde. Es diente lediglich zur Vereinfachung, daß beim Kaufpreise von 93,50 und dem Preise des Rückverkaufs von 90,60 auf 15 000 M. nicht der Kaufpreis nach dem Satze $\frac{15000 \cdot 93{,}5}{100}$ auf 14025 M. und der Preis des Rückverkaufs auf $\left(\frac{15000 \cdot 90{,}6}{100} =\right)$ 13590 M. ausgerechnet, und sodann die Differenz 435 M. gezogen wurde, daß vielmehr die Differenz des Einheitspreises (93,50—90,60 =)

1) vgl. R.O.H.G. 17 S. 42, 43.

2,90 auf 15 000 M. nach dem Satze $\frac{15\,000 \cdot 2{,}9}{100}$ auf 435 M. ausgerechnet wurde.

5) An der Bezeichnung der Papiere, in welchen die Parteien Zeitgeschäfte abschlossen, als Spielpapiere der allerschlimmsten Sorte, ist nur richtig, daß die Bankaktien und Bergwerks- resp. Hüttenbetriebsaktien, deren Ertrag durch den wechselnden Preisstand der Kohlen und der Hüttenprodukte bedingt wird hohen Preisschwankungen ausgesetzt sind, und daß auch die in Rede stehenden Eisenbahnaktien aus verschiedenen Gründen, insbesondere auch, weil ihre Rentabilität von der Gestaltung des Güterverkehrs häufig beeinflußt wird, erheblichen Kursschwankungen unterliegen. Wenn nun auch bezüglich solcher zu Spekulationsgeschäften geeigneten Papiere, häufiger als bezüglich anderer Papiere, reine Differenzgeschäfte vorkommen mögen, so bedarf es doch, daß ein reines Differenzgeschäft, und nicht ein reelles Spekulationsgeschäft, bei welchem effektive Lieferung und Abnahme beansprucht werden kann, vorliegt, des Nachweises im einzelnen Falle, und es bedarf dieses Nachweises auch dann, wenn es sich um Verkäufe auf Zeit handelt.

6) Die Briefe des Klägers, auf welche sich der Beklagte dafür beruft, daß auch der Kläger effektive Erfüllung für ausgeschlossen und nur die demnächstige Kursdifferenz im Auge gehabt habe, sind nicht geeignet, dies darzuthun. Ihre Fassung ist eine solche, die sich ebenso gut mit reell gemeinten Zeitgeschäften vereinigen läßt. Insbesondere der Brief vom 17. September 1891 bezweckt vielmehr, dem Beklagten gegenüber den Standpunkt zu premieren, daß es sich nicht um klaglose reine Differenzgeschäfte, sondern um an den Börsen allgemein gebräuchliche reelle Zeitgeschäfte gehandelt habe, deren Konsequenzen jeder Teil unterworfen sei. Auch die von dem Kläger für das Verlangen der Erhöhung des Depots gegebene Motivierung: „Kläger könne sonst die Position des Beklagten nicht halten; er, Kläger, müsse die Differenzen jeden Monat bezahlen“ in den Briefen vom 27. Juni und 2. Juli erklärt sich auf unbefangene Weise aus den

bei den Prolongations- und Kompensationsgeschäften festgestellten Differenzen. Andererseits enthalten verschiedene Briefe des Klägers Bemerkungen, welche darauf hinweisen, daß der Kläger eine effektive Lieferung und Abnahme keineswegs als ausgeschlossen ansah, so die Sätze in den Briefen vom 2. April, 2. Mai, 3. 27. und 31. August: „Am Ultimo haben Sie mir zu liefern nach Berliner Usanz ꝛc.“

7) Der Beklagte selbst, der, wie sein Verkehr mit andern Bankgeschäften und die von ihm teilweise brieflich und telephonisch erteilten Aufträge zeigen, nicht der in Spekulationen unerfahrene Mann, wie er im Prozeß geschildert wurde, ist, hat die Aufträge zu den verschiedenen Zeitgeschäften gegeben, ohne anzudeuten, daß eine effektive Lieferung oder Abnahme der Papiere ausgeschlossen sein solle. Im Juni hat er seiner eigenen Angabe nach die Absicht ausgesprochen, einen Teil der besseren Papiere zu beziehen. Dies spricht positiv dafür, daß er eine effektive Erfüllung nicht als ausgeschlossen betrachtete, wenn er auch bei dieser Gelegenheit, wie der Zeuge Ilg angegeben hat, die charakteristische Bemerkung machte: „Wenn ich darauf hinaufsitzen würde, müßte ich eigentlich gar nichts bezahlen; es sind Reichsgerichtsentscheidungen da, wornach man in solchen Fällen nichts bezahlen muß.“

8) Der Umfang der vom Beklagten eingegangenen Geschäfte ist auch nicht so groß, daß der Kläger nach den ihm bekannten Vermögensverhältnissen des Beklagten sich hätte sagen müssen, Beklagter sei zur effektiven Erfüllung nicht im Stande, wenn er, Kläger, auf derselben bestehen wolle. Zu Anfang des Monats Juni, als das Engagement des Beklagten das höchste war, handelte es sich um den Betrag von 150 000 M. Der Beklagte, der nach der Behauptung des Klägers noch jetzt ein Aktivvermögen von 150 000 M. besitzen soll, bestreitet dies zwar und macht geltend, daß sein Vermögen nur 30—40 000 M. betrage. Dies macht mindestens 20 % des höchsten Engagements aus. Das Vermögen des Beklagten besteht auch in leicht umsetzbaren und leicht zu verpfändenden Werten. Er sagt selbst, an der ihm vor einigen Jahren wegen Kapital-

steuerdefraudation angesetzten Strafe sei ihm ein Teil darum nachgelassen worden, weil er der Meinung gewesen sei, die in den Händen seiner Bankiers befindlichen Papiere nicht fatieren zu müssen. Der Beklagte stand auch mit andern Bankiers in Geschäftsverkehr. Daß er bei der Firma Nördlinger und Liebmann zeitweise einen Kredit von 75 000 M. genoß, ergiebt sich für die Zeit des 31. Dezember 1881 aus der vorliegenden Rechnungsaufstellung. Bei solcher pekuniären Situation ist die Wahrscheinlichkeit, daß dem Beklagten die verkauften Papiere anzuschaffen, die gekauften zu beziehen und zu bezahlen möglich gewesen wäre, eine nahe liegende. Die Anschaffung von zur Zeit verkauften Papieren erfordert keineswegs soviel parate Mittel, als der Preis beträgt, weil die Anschaffung durch ein Kreditgeschäft sich bewerkstelligen läßt. Es ist auch zum effektiven Kauf durchaus nicht erforderlich, daß der Käufer soviel bare Mittel, besitzt, als der Kaufpreis beträgt, da die erkauften Papiere sofort noch vor deren Abnahme weiter veräußert werden können, und das Recht auf den Bezug von auf Zeit gekauften Papieren verpfändet werden kann.

Die Gelegenheit hiezu wird um so leichter sich bieten, wenn der Spekulant, wie im vorliegenden Fall der Beklagte, die erforderlichen Mittel, um seinen Verkäufer um die Differenz zu befriedigen, besitzt. Reichte auch die vom Beklagten hinterlegte Sicherheit nicht zu, so ist doch sicher, daß sein Vermögen, auch wenn es nur 30 000 M. betragen hat, hiezu ausreichend war.

Keinenfalls ist nach den gegebenen Verhältnissen die Annahme gerechtfertigt, der Kläger habe beim Abschluß der Geschäfte mit dem Beklagten nur Erledigung durch Differenzzahlung erwarten können, effektive Erfüllung für ausgeschlossen ansehen müssen. Durch die Umstände, unter denen die Geschäftsabschlüsse erfolgten, ist ein solcher Schluß nicht, auch nicht empirisch begründet. Die Lebenserfahrung zeigt, daß die Vermögensverhältnisse dritter Personen nicht selten überschätzt werden. Daß insbesondere der Kläger von früher her eine

günstigere Ansicht bezüglich der Vermögensverhältnisse des Beklagten hatte, ergiebt sich aus dem Zeugnisse des Kg. Bemerkt mag noch werden, daß der Aufenthalt des Beklagten auf dem „Salon" bei Ludwigsburg, woselbst notorisch auch pekuniär gut situierte Männer aus besseren Ständen Aufenthalt nehmen, bei dem Kläger Mißtrauen in die pekuniäre Lage des Bekl. hervorzurufen nicht geeignet ist.

Insbesondere spricht aber der Umstand, daß, wie die vorgelegten Schlußscheine zeigen, der Kläger die ihm aufgetragenen Geschäfte, wenn er auch dem Beklagten gegenüber nach Art. 376 des H.G.B. als Selbstkontrahent auftrat, doch in der Regel mit einem Berliner Bankhaus nach Berliner Usanz abgeschlossen hat, positiv dafür, daß der Beklagte eine effektive Erfüllung nicht für ausgeschlossen ansah. Sicher hätte auch der Beklagte, wenn eine entgegengesetzte Preiskonjunktur eingetreten wäre, nicht unterlassen, die Vorteile für sich zu ziehen, und der etwaigen Einwendung des Klägers, es habe sich um ein Glücksspiel gehandelt, mit Grund entgegengehalten, daß Kläger seinerseits in Kommission des Beklagten die Geschäfte nach Berliner Usanz in Berlin abgeschlossen habe, und also nicht habe spielen wollen.

Daß die vom Kläger mit Lewenz und Cp. in Berlin geschlossenen Geschäfte reine Differenzgeschäfte gewesen seien, kann durch das Zeugnis des oder der Inhaber dieser Firma nicht bewiesen werden. Denn wenn auch die Thatsache, wofür die Zeugenbenennung erfolgt ist, bezeugt würde, daß der Kläger die Geschäftsabschlüsse mit Lewenz und Cp. immer durch Zahlung oder Erhebung der Differenz ausgeglichen habe, zwischen dem Kläger und Lewenz u. Cp. nie eine effektive Lieferung erfolgt sei, so würde daraus keineswegs folgen, daß zwischen dem Kläger und der genannten Berliner Firma vertragsmäßig Recht und Pflicht zu effektiver Lieferung ausgeschlossen gewesen sei.

Dem Ausgeführten zufolge ist der Einwand des Beklagten, daß die Forderung des Klägers aus reinen Differenzgeschäften herrühre, unbegründet.

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 10. Februar 1893 i. S. A. g. L.

Die eingelegte Reviſion iſt vom Reichsgericht zurückgewieſen worden.

34.

Abtretung einer ärztlichen Praxis gegen Entgelt.

Die Parteien, zwei Aerzte, haben „unter Diskretion auf Ehrenwort“ ein Abkommen dahin getroffen: Dr. T. in J. tritt am 1. April d. J. ſeine Praxis nebſt — Mobilien, Chaiſe und Hausapotheke an Herrn Dr. M. in B. ab. — Dr. M. verpflichtet ſich bei Uebernahme der Praxis am 1. April an Dr. T. die Summe von 4000 M. zu zahlen.“ Gegen die Klage auf Bezahlung dieſer 4000 M. hat Bekl. eingewendet: es liege ein unſittlicher Vertrag vor, Kl. habe ihn durch wiſſentlich unwahre Angaben über die Rentabilität ſeiner Praxis getäuſcht, jedenfalls ſei er durch den Vertrag übermäßig verletzt.

Der Bekl. wurde in beiden Inſtanzen dem Klagantrag gemäß verurteilt.

In den

Gründen

iſt ausgeführt:

Der weſentliche Inhalt der Vereinbarung, daß der Kläger ſeine Praxis in J. an den Beklagten gegen eine Vergütung von 4000 M. abzutreten habe, iſt nicht als ein Kaufvertrag anzuſehen, da die Praxis des Klägers, bezw. ſeine Patienten keine Ware und kein Gegenſtand ſind, über welche der Kläger diſponieren und welche er veräußern konnte. Es kann deshalb der Sinn jener Vereinbarung vernünftigerweiſe nur dahin verſtanden werden, daß der Kläger die Ausübung der ärztlichen Praxis in Ilsfeld am 1. April 1892 aufzugeben, und dem Beklagten dadurch die Möglichkeit zu verſchaffen hatte, an der Stelle des Klägers die ärztliche Praxis in Ilsfeld und Umgebung auszuüben.

Die rechtliche Zuläſſigkeit einer ſolchen Vereinbarung iſt

im allgemeinen nicht zu bezweifeln, und der Beklagte hat auch keine Thatsachen anzuführen vermocht, aus welchen entnommen werden könnte, daß die vorliegende Vereinbarung aus besonderen Gründen als ein pactum turpe anzusehen sei [1]).

Die Behauptung des Beklagten, daß die Abtretung der Praxis um einen bestimmten Preis von Seite eines Rechtsanwalts als ein pactum turpe anzusehen wäre, und daß analog auch ein solcher Vertrag zwischen Aerzten nicht klagbar sei, bedarf hiernach keiner weiteren Widerlegung.

Gegen den Anspruch des Klägers auf Bezahlung der vertragsmäßig ausgesprochenen Summe von 4000 M. hat der Beklagte ferner die Einrede des Betrugs vorgeschützt und behauptet, der Kläger habe ihn durch wissentlich unwahre Angaben über die Rentabilität seiner Praxis getäuscht, und zur Eingehung des Vertrags vom 11. Februar 1892 veranlaßt. Allein wenn auch zuzugeben ist, daß bei derartigen Verträgen die Einträglichkeit der Praxis regelmäßig bei der Festsetzung der Größe der zu leistenden Vergütung von Einfluß ist, so hat der Beklagte doch den Beweis dafür, daß er vom Kläger über die Einträglichkeit seiner Praxis durch wissentlich unwahre Angaben in einen Irrtum versetzt, und daß er dadurch zur Eingehung des Vertrags veranlaßt worden sei, nicht erbracht.

(Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren):

Auch die in der II. Instanz vorgebrachte Einrede der übermäßigen Verletzung ist nicht begründet. Denn die Gegenleistung des Klägers, welche neben der Ueberlassung von Mobiliargegenständen darin bestand, daß er dem Beklagten seine Praxis zu überlassen hatte, ist kein Verkaufsobjekt, welches einen Marktpreis oder überhaupt einen festen Wert hat, vielmehr ist der Vertrag ein gewagtes Geschäft, insofern der künftige Ertrag der Praxis des Beklagten in Ilsfeld wesentlich davon abhängig war, ob der Beklagte das Vertrauen des Publikums zu gewinnen, und sich zu erhalten vermochte, und

1) Entsch. des Reichsger. Bd. 13 S. 266.

zum Voraus nicht mit Sicherheit ermessen werden konnte, welchen Ertrag der Beklagte aus seiner Praxis in Ilsfeld erzielen werde, wenn auch der Kläger eine große und einträgliche Praxis gehabt hätte. Bei solchen gewagten Geschäften, sowie bei der Veräußerung von Sachen, welche keinen festen Wert haben, findet aber die Einrede der übermäßigen Verletzung keine Anwendung [1]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. Juni 1892 i. S. M. g. T. — Auch der I. Civilsenat ist bei dem Urteil vom 12. Juni 1891 i. S. M. g. Z. davon ausgegangen, daß ein Vertrag über entgeltliche Abtretung einer ärztlichen Praxis an sich kein unsittlicher Vertrag sei.

35.

Ungültigkeit des Vertrags, wodurch ein Beamter einer Berufsgenossenschaft gegen Entgelt verspricht, eine gewisse Person als seinen Nachfolger zu empfehlen.

Der Kläger, welcher von der süddeutschen Edel- und Unedel-Metallberufsgenossenschaft und von 9 Sektionen anderer Berufsgenossenschaften als sog. Geschäftsführer angestellt war, hat mit dem Beklagten, der in seinem Dienste seit 1. Juni 1887 gegen einen Jahresgehalt von anfänglich 1800 M. „die Stelle als Bureauvorsteher und Stellvertreter des Klägers für die Abteilung des Geschäfts, in welchem die Arbeiten für die Berufsgenossenschaften, resp. Sektionen erledigt werden," übernommen hatte, am 24. Oktober 1890 einen Vertrag abgeschlossen, in welchem gesagt ist:

„1) Herr Re. verpflichtet sich bis spätestens zum 31. Dezember 1891 seine Stellung als Geschäftsführer von 1 Genossenschaft und 10 Sektionen für immer niederzulegen und

1) Windscheid, Pand. Bd. II. § 396 Note 8 u. 9. Württ. Arch. Bd. 16 S. 65 f.

Herrn Ro. in seiner Bewerbung um die Geschäftsführerstellungen möglichst zu unterstützen. Herr Ro. verpflichtet sich, nach erfolgter Kündigung seitens des Herrn Re. sich sofort energisch um die sämtlichen Stellungen zu bewerben.

2) Hiefür zahlt Herr Ro. an Herrn Re. oder dessen Erben das Ein- und einhalbfache desjenigen Betrags, welchen diejenigen Sektionen resp. die Genossenschaften, deren Geschäftsführung ihm übertragen wird, als Jahresgehalt an Herrn Re. gezahlt haben, wenigstens aber 20 000 M.

3) Sollte der Inhalt dieses Vertrages ganz oder zum Teil ohne Verschulden des Herrn Ro. oder seiner Familie bekannt werden und Herrn Ro. aus diesem Grunde die Stelle als Geschäftsführer genommen werden, so hat derselbe von der Zeit der Abnahme des Geschäfts ab keine weiteren Zahlungen außer den etwa schon verfallenen mehr zu leisten.

4) Außerdem verpflichten sich beide Teile sowohl den Inhalt, als überhaupt die Existenz dieses Vertrages geheim zu halten, solange von keiner Seite gegen denselben gefehlt wird."

Nachdem der Kläger seine Stellung bei der genannten Berufsgenossenschaft und den 10 Sektionen auf 31. März 1891 gekündigt hatte, wurde der Beklagte von der Berufsgenossenschaft und 9 Sektionen als Geschäftsführer mit einem Gehalt von zusammen 21 000 M. jährlich vom 1. April 1891 ab angestellt und sodann zwischen dem Kläger und Beklagten die von letzterem an den ersteren zu zahlende Summe auf 31 650 M. festgestellt.

Bis zum April 1892 hat Beklagter Raten- und Zinszahlungen mit zus. 2390 M. 50 Pfg. geleistet.

Im Prozeß hat Kläger vom Beklagten weitere Teilzahlungen gefordert. Der Beklagte hat die exc. turpis causae und die exc. metus vorgeschützt. In zweiter Instanz ist die Klage abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

I. Die Berufsgenossenschaften und deren Sektionen, welche nach dem Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 gebildet

werden, sind nicht Handelsgesellschaften und nicht Kaufleute, und die Geschäftsführer derselben sind nicht zum Betriebe eines Gewerbes bestellt, und insbesondere nicht Handlungsbevollmächtigte.

Die Berufsgenossenschaften sind öffentliche Korporationen, durch deren Bildung der Staat die Fürsorge für die arbeitende Klasse der Bevölkerung, die er zu seiner Aufgabe gemacht hat, bei Unfällen, die einen Arbeiter treffen, realisiert. Die den Berufsgenossenschaften und ihren Sektionen, sowie den Vorständen derselben obliegenden Geschäfte erfordern neben den Genossenschaftsorganen noch weitere besoldete Beamte (Bureaubeamte, Generalsekretäre, Geschäftsführer). Während die Vertretung der Berufsgenossenschaften nach außen den im Gesetze aufgeführten Organen zu verbleiben hat, und nicht dritten Personen übertragen werden kann, ist es unzweifelhaft zulässig, für die Besorgung der Verwaltung im übrigen besondere Beamte anzustellen, deren Dienstleistung nicht ein Ehrenamt ist, sondern bezahlt wird [1]).

Als Beamter dieser Art war der Kläger und ist nunmehr der Beklagte angestellt. Die Geschäftsführer der Berufsgenossenschaften stehen unverkennbar zu diesen öffentlichen Korporationen, welche eine ihnen vom Reich übertragene öffentliche Verwaltungsthätigkeit zu verrichten haben [2]), bezüglich ihrer Funktionen und ihres Pflichtenkreises in einem ähnlichen Verhältnisse, wie die Reichs- und Staatsbeamten zum Reiche, beziehungsweise zum Staate. Gleichwohl kann aber die Bestimmung der Nov. 8 c. 1, wornach Versprechungen für die Empfehlungen zu öffentlichen Aemtern verboten sind, und aus welcher Glück Bd. 18 S. 111 und Holzschuher, 2. Aufl., Bd. III S. 838 den allgemeinen Satz ableiten: „Niemand darf sich für sein Vorwort etwas bezahlen lassen, der schon von Amtswegen zur Unterstützung der Sache verpflichtet war“ [3]), nicht für

1) Motive zum Unfallversicherungsgesetz S. 55 u. Kommiss. Ber. S. 33.
2) Laband, Bd. II. S. 265; Mandry, civilr. Inh. 3 Aufl. S. 141.
3) Schweppe § 613 und Goeschen § 493.

anwendbar erachtet werden, weil dieſe Novelle ſinguläres Recht enthält.

II. Vielmehr ſind maßgebend die Grundſätze des gemeinen Rechts:

1) Wenn ſich jemand für den Fall, daß etwas Unſittliches oder Unerlaubtes von ihm geſchehe, eine Leiſtung eines Andern ausbedingt, ſo iſt das Geſchäft ungültig [1]).

2) Wird jemanden ein Vorteil zugeſagt für den Fall, daß er etwas Pflichtmäßiges thun, oder etwas Unrechtliches oder Unſittliches unterlaſſe, ſo iſt dies für die Regel zuläſſig. Denn für pflichtmäßiges Verhalten eine Belohnung anzunehmen oder zuzuſagen, iſt nicht unſittlich. Unzuläſſig iſt es aber, daß ſich jemand die Unterlaſſung von Chikanen oder unerlaubten Handlungen abkaufen läßt. Unſittlich iſt der Vertrag, durch welchen ſich jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt [2]).

III. Vermöge ſeiner Stellung als berufsgenoſſenſchaftlicher Geſchäftsführer hatte der Kläger die Verpflichtung, den Vorſtänden der betreffenden berufsgenoſſenſchaftlichen Verbände über das in ſeinen Dienſten ſtehende übrige Bureauperſonal wahrheitsgetreue Auskunft zu erteilen und ebenſo war er den von ihm angeſtellten Bureaubedienſteten, insbeſondere dem Beklagten, gegenüber, wenn dieſe auch kein erzwingbares Recht auf Ausſtellung eines Zeugniſſes über Leiſtungen und Führung haben mögen, jedenfalls moraliſch verpflichtet, über ihre Lei-

---

1) l. 123 D. 45, 1; l. 137 § 6 D. 45, 1; Savigny, Syſtem Bd. III S. 173; Wächter, württ. Pr.R. II. S. 724; Windſcheid, § 314 Note 4; Dernburg, Pand. II. S. 48.

2) Wächter, württ. PR.. II. S. 726, 727; Pand. 1 S. 376; Savigny, III. S. 176, 177; Seuffert § 279 Note 4; Windſcheid § 314 Note 6; l. 7 § 3 D. 2, 14: Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione, cf. l. 2 § 2 D. 12, 5: Si dedi, ut secundum me in bona causa judex pronuntiaret, est quidem relatum, condictioni locum esse; sed hic quoque crimen contrahit etc.; und l. 4 § 3 D. l. c.: Quoties solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse; veluti si tibi dedero, ne mihi injuriam facias.

stungen und Führung nur wahrhaftige Erklärungen an Dritte, insbesondere an die Vorstände der Berufsgenossenschaft, wie der Sektionen, abzugeben.

War nun der Beklagte, worüber die Parteien im Prozesse einig sind, die geeignetste Persönlichkeit zum Nachfolger des Klägers in dem Amt des Geschäftsführers der berufsgenossenschaftlichen Verbände, so durfte Kläger nicht dafür, daß er die Bewerbung des Beklagten um die Geschäftsführerstellungen möglichst unterstütze, also dafür, daß er dem Beklagten ein an sich gebotenes Verhalten nicht vorenthalte, sich eine Belohnung vertragsmäßig zusagen lassen. Damit, daß er sich die Unterlassung der Hintertreibung der Anstellung des Beklagten, die in der Empfehlung eines andern Nachfolgers gelegen gewesen wäre, und die an sich gebotene Empfehlung des Beklagten abkaufen ließ, hat er eine solche Verwerflichkeit der Gesinnung dokumentiert, daß das Geschäft ungültig ist.

Sollte aber die vom Kläger dem Beklagten zugesicherte Unterstützung nicht geboten, vielmehr pflichtwidrig gewesen sein, so geht dem Vertrag die Gültigkeit ab, weil sich niemand für die Verübung einer unerlaubten oder unsittlichen Handlung die Leistung eines andern ausbedingen darf.

Es handelt sich nicht etwa um einen erlaubten Mäklervertrag für die Vermittlung eines Dienstvertrags zwischen dem Beklagten und den berufsgenossenschaftlichen Verbänden. Denn die vom Kläger zugesagte Thätigkeit war nach dem Ausgeführten eine solche, für die er sich eine Belohnung nicht ausbedingen durfte. Daß der Vertrag gegen die im Leben geltenden sittlichen Begriffe verstoßt, ergiebt sich aus der eigenen Anschauung der Parteien, wie sie daraus zu entnehmen ist, daß die Parteien die Geheimhaltung des Vertrags vereinbart, und selbst in Aussicht genommen haben, es könne dem Beklagten infolge davon, daß der Inhalt des Vertrags bekannt wurde, die Stelle wieder abgenommen werden.

Darauf kommt nichts an, wie sich einzelne Sektionsvorstände hinterher dem Kläger gegenüber ausgesprochen haben

ſollen; weshalb es auch der beantragten Vernehmung derſelben nicht bedarf.

Unerheblich iſt, daß der Kläger die Niederlegung ſeiner Stellung dem Beklagten zugeſagt hat. Denn dies ändert am Charakter der Uebereinkunft nichts. Die Niederlegung der Stellung ſeitens des Klägers war die notwendige Vorbedingung für die Möglichkeit, den vom Kläger ausbedungenen Vorteil ſich verſchaffen zu können.

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 19. Mai 1893 i. S. Re. g. Ro.

Die gegen dieſes Urteil eingelegte Reviſion iſt zurückgewieſen worden.

36.

Schadenserſatzanſpruch wegen Nichtbefolgung des Auftrags, Wechſel zum Accept zu präſentieren; Kauſalzuſammenhang; Verpflichtungen und Subſtitutionsrecht des Beauftragten.

Die Firma L. D. Valzachi in Stuttgart, über deren Vermögen am 19. November 1891 das Konkursverfahren eröffnet worden iſt, hat am 8. September 1891 an eigene Ordre 4 Wechſel auf G. in Neuhauſen, B. in Stuttgart, R. in Neuhauſen und K. in Schorndorf gezogen.

Valzachi begab dieſe Wechſel durch Blanco Giro an die Beklagte, die Firma Esportazione Uova Bernardinelli, Dolci, Bampa Narizzano u. Cp. in Verona und dieſe indoſſierte die Wechſel an die Klägerin E. Schwarz Söhne in Bozen. In dem Briefe vom 14. September 1891, mit welchem jene Firma die Wechſel an dieſe Firma mit der Bitte um beſtmögliche Gutſchrift überſandte, iſt bemerkt:

„Vi preghiamo però far presentare subito questi effetti per l'accettazione".

Die Klägerin indoſſierte die Wechſel weiter an die Bank-Commandite Guſtav Maier u. Cp. in Frankfurt a. M. und ſchrieb in dem Briefe vom 15. September 1891, mit welchem

sie der letzteren die Wechsel zur Gutschrift übersandte, derselben weiter:

„Gleichzeitig ersuchen wir die Appoints bis auf Schorndorf sogleich zum Accept vorlegen zu lassen." (Die Worte: „bis auf Schorndorf" hatten anerkanntermaßen die Bedeutung, daß das Ersuchen um Präsentation zum Accept sich nicht auch auf den Wechsel über 900 M. auf Karl Krebser in Schorndorf erstrecke).

Die Firma Gustav Maier u. Cp. legte der Empfangsanzeige eine „Nota" bei, in welcher sie, nicht für den Wechsel auf Krebser in Schorndorf, dagegen für die übrigen Wechsel eine Anrechnung von je 40 Pf. resp. 20 Pf. „Accept" machte. Die Wechsel wurden aber keinem der Bezogenen zum Accept vorgelegt, und bei Verfall wurde die Zahlung verweigert; es wurden deshalb die Wechsel M. Z. protestiert.

Die Klägerin hat nun gegen die Firma Valzachi auf Grund der Indossamente in Verbindung mit dem Besitze der Wechsel und der Wechselproteste im Wechselprozesse Regreßklage erhoben, und am 19. November 1891 ein Versäumnisurteil erwirkt. An demselben Tage wurde jedoch gegen den Inhaber der Firma Valzachi das Konkursverfahren eröffnet. Auch gegen die Firma Esportazione Uova Bernardinelli Dolci, Bampa Narizzano u. Cp., als ihre unmittelbare Indossantin, erhob die Klägerin im Wechselprozesse eine Regreßklage, gegen welche die Einwendung erhoben wurde, die Klägerin habe ihre vertragsmäßige Verpflichtung, die 4 Wechsel sofort den Bezogenen zur Annahme zu präsentieren, nicht erfüllt und sei daher ihres Regreßanspruchs verlustig, eventuell zum Ersatze des der Bekl. verursachten, den Klageforderungen dem Betrage nach gleichkommenden Schadens verpflichtet, den die Beklagte im Wege der Kompensation geltend mache.

In erster Instanz wurde die Beklagte zunächst im Wechselprozeß durch Vorbehaltsurteil dem Klagantrag gemäß verurteilt; im Nachverfahren wurde jedoch die Regreßklage der Klägerin abgewiesen. Auf erhobene Berufung wurde dagegen das im Wechselprozeß erlassene Urteil aufrecht erhalten aus folgenden

Gründen:

I. Nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung hat der Inhaber eines Wechsels keine Verpflichtung, den Wechsel zur Annahme zu präsentieren mit der in Art. 19 enthaltenen Ausnahme bezüglich solcher Wechsel, die auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten. Abgesehen hievon kann nur der Aussteller eines Domizilwechsels die Präsentation zur Annahme bei Verlust des Wechselrechts vorschreiben Art. 24 Abs. 2. Dagegen kann durch Vereinbarung eine civilrechtliche Verpflichtung des einen Kontrahenten gegen den andern begründet werden, den Wechsel zur Annahme zu präsentieren oder präsentieren zu lassen. In den Protokollen der Leipziger Wechselkonferenz, Ausgabe von Thoel, S. 36 ist gesagt: „Mit 17 gegen 2 Stimmen wurde angenommen, daß der Inhaber eines Wechsels zwar ein Recht, aber keine Pflicht habe, den Wechsel zu repräsentieren." „Man war übrigens einverstanden, daß einem Mandatar die Pflicht von seinem Mandanten auferlegt werden könne, den Wechsel zur Acceptation zu befördern, daß aber Bestimmungen hierüber nicht in die Wechselordnung gehören."

Aus der Versäumung dieser Vertragspflicht können Schadensersatzansprüche erwachsen [1]).

Zweifellos hat die Beklagte der Klägerin den von dieser angenommenen Auftrag in dem Briefe vom 14. September 1891 erteilt, die in Rede stehenden Wechsel sofort („subito") zur Annahme präsentieren zu lassen („far presentare"). Die Form der Bitte für die Erteilung eines Auftrags entspricht der Verkehrssitte. In einem Geschäftsbriefe kann der eine geschäftliche Angelegenheit betreffenden Bitte, im Interesse des Bittstellers oder eines Dritten einen Rechtsakt vorzunehmen oder vornehmen zu lassen, eine andere Bedeutung als die des Mandats nicht beigelegt werden. Die Klägerin insbesondere hätte, wenn sie den Auftrag nicht hätte übernehmen wollen,

1) Dernburg, Preuß. Pr.R S. 826 (4. Aufl.); Canstein, Wechselrecht. S. 178.

das ganze Geſchäft ablehnen müſſen, da zwiſchen ihr und der Beklagten eine Geſchäftsverbindung beſtand: Handelsgeſetzbuch Art. 323. Sie hat aber vielmehr über die Wechſel verfügt, und damit, wie ſie in dem Brief vom 26. Oktober ſelbſt anerkannte, ſich der „Vorſchrift“ des Beklagten unterworfen.

II. Bezüglich des Wechſels auf Krebſer in Schorndorf iſt nun außer Zweifel geſetzt, daß die Klägerin den Auftrag nicht erfüllt hat, und ſie iſt alſo ihrer Mandantin, der Beklagten, ſchadenserſatzpflichtig, wenn dieſer durch die Unterlaſſung der Präſentation dieſes Wechſels zur Annahme ein Schaden zugegangen iſt.

1) Die Beklagte behauptet, bei ſofortiger Präſentation des Wechſels über 900 M. hätte Krebſer denſelben acceptiert, und der acceptierte Wechſel hätte ſodann von demſelben, wenn er ihn je nicht freiwillig bezahlt hätte, zum Einzug gebracht werden können, während nunmehr der Wechſel (abgeſehen von der im Konkurſe des Valzachi auf denſelben entfallenden Dividende) uneinbringlich ſei. Man kann auch annehmen, daß Krebſer im Stande geweſen wäre, den Wechſel einzulöſen. Dagegen kann nicht mit genügender Sicherheit angenommen werden, daß Krebſer den Wechſel, wenn er ihm auch ſofort nach dem 15. September zur Annahme präſentiert worden wäre, acceptiert hätte. Eine Verpflichtung, den Wechſel zu acceptieren, beſtand für ihn nicht. Wenn ſodann Krebſer, der am 14. Auguſt das Filialgeſchäft des Valzachi in Schorndorf übernommen hatte, auch am Kaufpreis noch über 800 M., und im ganzen über 900 M. dem Valzachi im Monat September ſchuldete, ſo war doch jener Kaufpreis, wie Krebſer eidlich angegeben hat, *eben zahlbar, wenn das Geld eingehe*; und er hat dem Valzachi, wie er weiter bezeugte, damals mitgeteilt, daß ihm, einen Wechſel über 900 M. p. 1. November zu acceptieren, ſehr unbequem ſei, und daß er auch nicht ſo viel ſchulde. Wenn nun auch die Erfahrung lehrt, daß Geſchäftsleute nicht ſelten Wechſel, die auf ſie gezogen werden, acceptieren, auch wenn der Traſſant kein Recht auf Wechſelaccepte oder nicht einmal eine fällige Forderung hat, ſo kann doch nach der konkreten

Lage des Falls nicht als sicher angenommen werden, daß Krebser, der zudem bei seiner Vernehmung angegeben hat, „er würde den Wechsel nicht acceptiert haben; er hätte in so kurzer Zeit nicht so viel Geld auftreiben können", den Wechsel gleichwohl acceptiert hätte, wenn er ihm zum Accept präsentiert worden wäre.

2) Ein Schaden der Beklagten läßt sich auch nicht mit dem Vorbringen derselben begründen, sie sei durch die unterbliebene Ausführung des Präsentationsauftrags in den Irrtum versetzt worden, die Wechsel seien acceptiert, und durch diesen Irrtum sei sie veranlaßt worden, der Firma Valzachi weiteren Kredit in der Zeit bis 8. Oktober zu gewähren, durch welche Kreditgewährung die Beklagte Verluste in einem dem Betrag der Wechsel mindestens gleichkommenden Betrage erlitten habe. Zunächst war es keinenfalls die Unterlassung der Präsentation der Wechsel, welche den Irrtum, die Wechsel seien präsentiert und acceptiert, hervorrufen konnte. Allerdings ergibt sich dagegen aus der Uebernahme des Auftrags, einen Wechsel zur Annahme zu präsentieren, die Verpflichtung, über die Ausführung des Mandats Rechenschaft abzulegen. Es hat der Mandatar in solchem Falle nicht nur rechtzeitig den Wechsel zu präsentieren, resp. präsentieren zu lassen, sondern er hat auch davon, daß und mit welchem Ergebnisse die Präsentation erfolgte, dem Mandanten die erforderliche Nachricht zu geben, insbesondere, wenn die Annahme des Wechsels nicht zu erhalten war, hievon (geeigneten Falls unter Uebersendung des Mangels der Annahme erhobenen Protests) Mitteilung zu machen. Dies liegt übrigens schon im Interesse des Mandatars, wenn er Indossatar des Wechsels ist. Der Mandant wird deshalb, wenn er längere Zeit ohne Nachricht von der Präsentation und dem Erfolg derselben bleibt, zu der Annahme geneigt sein, es sei die Acceptation erfolgt. Mag aber auch bei längerem Ausbleiben solcher Nachricht die Alternative, es sei der Wechsel acceptiert, wahrscheinlicher sein, als die entgegenstehende, daß die Annahme wegen unterbliebener Präsentation oder trotz der Präsentation nicht erfolgt ist, so ist doch die Wahrscheinlichkeit

für die erste Alternative nicht eine so überwiegende, daß man als bewiesen erachten könnte, die Beklagte sei in den Irrtum versetzt gewesen, die Wechsel seien acceptiert. Keinenfalls läßt es sich mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinigen, wenn die Beklagte ohne weiteres bei ihren ferneren geschäftlichen Transaktionen, insbesondere bezüglich des der Trassantin zu gewährenden Kredits darauf baute, die Wechsel seien von der Bezogenen acceptiert, umsoweniger als es sich um mehrere Wechsel auf Geschäftsleute handelte, die eine Verpflichtung zur Acceptation nicht hatten. Solange der Beklagten Nachricht von der Wechselacceptation nicht zugekommen war, mußte sie bei gehöriger Sorgfalt sich sagen, daß eine Verspätung der Präsentation, zu deren Bewirkung mehrere Personen (Geschäftshäuser und deren Bedienstete) in Thätigkeit zu treten hatten, eingetreten sein könne. Wenn die Beklagte gleichwohl zu einer weiteren Kreditgewährung an die Firma Valzachi sich herbeiließ, so kann sie für den Schaden, den sie infolge dessen erlitten hat, die Klägerin umsoweniger verantwortlich machen, als derselben nur bezüglich des Wechsels auf Krebser in Schorndorf, nicht auch, wie später gezeigt werden wird, bezüglich der übrigen 3 Wechsel der Vorwurf der Nachlässigkeit gemacht werden kann.

III. Was die übrigen 3 Wechsel anbelangt, so kommt in Betracht: der Auftrag der Beklagten gieng nicht dahin, die Wechsel (persönlich) zum Accept zu präsentieren, sondern sie sofort zur Acceptation präsentieren zu lassen (far presentare). Der Klägerin war also in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, die Vornahme der Präsentation einem andern zu überlassen. Auch abgesehen von dem Wortlaute des Briefes war es den Umständen nach unvermeidlich, mit der Präsentation einen Stellvertreter zu beauftragen, da die Bezogenen nicht am Wohnort der Klägerin, sondern in verschiedenen, weit abgelegenen Orten in Deutschland ihr Domizil hatten.

Wenn also auch die Verpflichtung der Klägerin als Mandatarin der Beklagten nach dem allg. bürg. Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der österreich. Monarchie von 1811 beur-

teilt wird, so trifft doch Satz 2 des § 1010 zu: „Wird ihm (dem Beauftragten) die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet oder durch die Umstände unvermeidlich, so verantwortet er nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden."

Es handelt sich also auch nach österreichischem Recht, wie nach gemeinem Recht, um die Frage, ob die Klägerin, indem sie, abgesehen von dem Wechsel auf Krebser in Schorndorf, der Firma Maier u. Cp. in Frankfurt übertrug, die Wechsel zur Annahme präsentieren zu lassen, bei dieser Auswahl ihrer Substitutin die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes angewendet hat. Diese Frage ist zu bejahen.

1) Im Verkehr zwischen Oesterreich und Württemberg können, wie die Beklagte einräumt, Wechsel an den Bezogenen behufs der Einholung der Accepterklärung im Wege des Postauftrags nicht versendet werden [1]). Daß die Firma Gustav Maier u. Cp. in Frankfurt a. M. an sich ein zur Ausführung des Auftrags geeignetes Geschäftshaus war, bestreitet die Beklagte selbst nicht. Sie gründet die Behauptung, daß die Klägerin ein Verschulden bezüglich der Wahl ihrer Substitution treffe, lediglich darauf, daß die Klägerin von Gustav Maier u. Cp. pekuniär abhängig gewesen sei. Wenn nun auch richtig ist, daß diese Firma, welche mit der Klägerin und deren Zweigniederlassung in Feldkirch in Geschäftsverbindung stand, Gelder der letzteren in Händen hatte, aus denen sie sich für ihre Regreßforderung wegen der Mangels Annahme protestierten und von ihr eingelösten Wechsel bezahlt machte, so ist doch, selbst wenn schon zur Zeit des 15. September diese Gelder in Händen der Firma Maier sich befunden haben würden (was nicht einmal feststeht), nicht abzusehen, inwieferne hierwegen die Klägerin hätte Anstand nehmen sollen, der Firma Maier die Aus-

1) Postbuch, im Auftrag der Generaldirektion der Württ. Posten herausgegeben, für 1891 S 50 ff.; s. Weltpostvertrag vom 4. Juli 1891 (R.G Bl. v. 1892 S. 579) Art 3 Abs. 2, wornach die Einrichtung eines solchen Dienstes zwischen den Postverwaltungen der vertragschließenden Länder erst in Aussicht genommen ist.

führung des Präsentationsauftrags zu überlassen. Daß die Klägerin ein Guthaben bei der Firma Maier hatte, konnte zu der Vermutung, daß diese an sich zuverlässige Firma den ihr erteilten Präsentationsauftrag nicht besorgen werde, sowenig Anlaß geben, als der Umstand zu dieser Befürchtung hätte Anlaß geben können, wenn die Firma Maier Gläubigerin der Klägerin gewesen wäre.

2) Der Vertreter der Beklagten geht auch bei der Bemänglung der von der Klägerin getroffenen Wahl vielmehr von der Annahme aus, dadurch, daß die Firma Maier sich für ihre Wechselregreßforderung aus dem Guthaben der Feldkircher Zweigniederlassung der Klägerin bei ihr durch Kompensation habe bezahlt machen können, sei der Klägerin die Möglichkeit abgeschnitten gewesen, Ersatzansprüche gegen die Firma Maier wegen Nichterfüllung der vertragsmäßigen Präsentationspflicht der letzteren gegen dieselbe geltend zu machen, und insoferne treffe die Klägerin der Vorwurf eines Verschuldens, als sie die Firma Maier, an welche sie die Wechsel indossierte, mit der Präsentation derselben zum Accept beauftragt habe.

Allein diese Argumentation geht fehl. Hätte die Klägerin eine andere Person mit dieser Präsentation beauftragt, so hätte sie den Regreßanspruch der Firma Maier keinenfalls abwenden können.

Auch ist damit, daß die Firma Maier um ihren Wechselregreßanspruch sich selbst Befriedigung verschaffen konnte und verschafft hat, die Gegenforderung der Klägerin gegen die Firma Maier auf Ersatz dessen, um was die Beklagte durch die Nichterfüllung des der Firma Maier erteilten Mandats benachteiligt sein sollte, nicht alteriert. Hätte die Firma Maier sich nicht um ihren Wechselregreßanspruch selbst bezahlt machen können, denselben vielmehr im Wechselprozesse einklagen müssen, so wäre doch die Kompensationseinrede der Klägerin, weil der Beweis ihrer Gegenforderung wegen Nichterfüllung des Mandats mit den im Wechselprozesse zulässigen Beweismitteln nicht hätte geführt werden können, als im Wechselprozesse unzulässig verworfen worden, und die Klägerin hätte die Wechsel vorbe-

hältlich der Geltendmachung ihrer Einrede im ordentlichen Verfahren einlösen müssen.

Die Klägerin trifft also dabei, daß sie die Ausführung des Auftrags, die Wechsel zur Annahme zu präsentieren, bezüglich der 3 in Rede stehenden Wechsel der Firma Maier übertrug, ein Verschulden nicht; und der Verpflichtung, ihre Ansprüche gegen diese Firma, ihre Substitutin, der Beklagten abzutreten, nachzukommen, hat sich die Klägerin bereit erklärt.

3) Unrichtig ist es sodann, wenn die Beklagte meint, der Klägerin eine Einrede des dolus entgegenhalten zu können, die sie damit begründet: die Klägerin könne darauf, daß sie die Firma Maier substituiert habe, und ihre Klagerechte gegen die Firma der Beklagten abtrete, womit sie ihre Verpflichtung aus dem Mandat erfülle, sich deshalb nicht berufen, weil sie den Namen der Substitutin nicht schon mit dem Briefe vom 30. Oktober, sondern erst später der Beklagten mitgeteilt habe. Allerdings hatte zwar die Klägerin der Beklagten zeitig darüber Auskunft zu geben, wen sie als Substituten bestellt habe. Allein daß durch den Aufschub der Mitteilung des Namens der Substitutin der Beklagten irgend ein Nachteil zugegangen wäre, ist nicht behauptet und auch nicht abzusehen. Ebensowenig ist abzusehen, daß die Klägerin damit, daß sie mit der Benennung ihrer Substitutin gezögert hat, darauf verzichtet oder das Recht verwirkt hätte, geltend zu machen, daß sie befugterweise die Firma Maier substituiert habe und ihre Klagerechte gegen diese an die Beklagten abzutreten bereit und im Stande sei.

IV. Der erste Richter hält eine Kompensationseinrede der Beklagten in der Höhe der Klageforderungen eventuell darum für begründet, weil die Klägerin durch die Wiedereinlösung der Wechsel im Regreßwege (die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen die Firma Maier, da diese mit der [definitiven] Befriedigung der Klägerin erlöschen würden, unmöglich gemacht und so) schuldhafter Weise die Beklagte geschädigt habe.

Diese Argumentation geht fehl.

Bezüglich des Wechsels auf Krebser in Schorndorf, dessen Präsentation zur Annahme die Klägerin der Firma Maier gar nicht aufgetragen hatte, konnte die Klägerin die Regreßleistung keinenfalls verweigern. In dieser Beziehung ist nach dem oben Ausgeführten ein Schadensersatzanspruch der Beklagten nicht begründet, weil es am Kausalzusammenhang zwischen dem hier vorliegenden Verschulden der Klägerin und dem Verluste der Beklagten fehlt.

Was aber die übrigen 3 Wechsel betrifft, so hätte die Kompensationseinrede der Klägerin gegen den Wechselregreßanspruch der Firma Maier, weil die Gegenforderung durch die im Urkundenprozesse zulässigen Beweismittel nicht hätte bewiesen werden können, als im Wechselprozesse unstatthaft zurückgewiesen werden müssen. Die Wiedereinlösung der Wechsel im Regreßweg durch die Klägerin kann derselben also nicht als Verschulden angerechnet werden. Es ist aber auch nicht richtig, daß der Anspruch der Klägerin gegen die Firma Maier auf Ersatz dessen, um was die Beklagte durch das Verschulden der Firma Maier geschädigt sein soll, dadurch erlischt, daß die Klägerin um ihre Wechselregreßforderung von der Beklagten Befriedigung erhält. Denn damit, daß die wechselrechtliche Forderung der Klägerin getilgt wird, erlischt nicht auch der aus dem selbständigen civilrechtlichen Mandatsverhältnisse hervorgehende Ersatzanspruch der Klägerin an Maier u. Cp., welchen die Klägerin an die Beklagte zu cedieren sich erboten hat, und welcher eben darin besteht, daß die Firma Maier, als Substitutin der Klägerin, den der Beklagten etwa verursachten Schaden ersetze.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 4. Juli 1893 in S. E. Schwarz Söhne gegen die Firma Esportazione Uova Bernardinelli u. Cp.

37.

Hat der Vermieter oder der Mieter die Gefahr des Zufalls zu tragen, wenn zufolge eines bau- oder gewerbepolizeilichen Verbots die vermietete Sache dem Mieter nicht rechtzeitig zur Verfügung geſtellt werden kann?
Iſt der Mieter in einem ſolchen Fall unter Umſtänden zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt?

Beklagter hat durch Vertrag vom 2. Dezember 1891 dem Kläger, einem Zirkusunternehmer, ſich verpflichtet, in Stuttgart auf dem der Stadt gehörigen und vom Beklagten der Stadt abzupachtenden Marienplatz einen Zirkus zu erbauen und ihn dem Kläger vom 1. März 1892 auf zwei Monate zu mietweiſer Benützung zur Verfügung zu ſtellen. Bei Abſchluß des Pachtvertrags zwiſchen dem Beklagten und der Stadt Stuttgart beſchloſſen am 4./11. Februar 1892 die bürgerlichen Kollegien, daß Kläger mit ſeinen Vorſtellungen im Zirkus vor 1. April nicht ſolle beginnen dürfen; der Beklagte hat ſich einer entſprechenden in den Pachtvertrag aufgenommenen Bedingung unterworfen und den Zirkus bis 1. März nicht fertiggeſtellt. Kläger iſt darauf in Stuttgart nicht aufgezogen und hat den von ihm vorausbezahlten Teil des Mietgelds zurückgefordert. Der Beklagte iſt in beiden Inſtanzen dem Klagantrag gemäß verurteilt worden, in zweiter Inſtanz aus folgenden

Gründen:

Nach den Regeln des Mietvertrags iſt es der Vermieter, der die Gefahr des Zufalls zu tragen hat, ſofern er ſeines Anſpruchs auf Bezahlung des Mietgelds verluſtig wird, bezw. den im voraus empfangenen Mietzins zurückzuzahlen hat, wenn er durch einen die vermietete Sache treffenden Zufall in die Unmöglichkeit verſetzt wird, den vertragsmäßigen Gebrauch derſelben dem Mieter zu gewähren [1]).

Durch den Beſchluß der bürgerlichen Kollegien vom 4.

1) l. 9 § 1. l. 19 § 1. l. 25 § 2. l. 30 § 1. D. 19, 2.

und 11. Februar 1892, daß Kläger mit seinen Vorstellungen im Zirkus nicht vor 1. April 1892 solle beginnen dürfen, ist der Beklagte, ob auch ohne seine Schuld, verhindert worden, dem Kläger den vertragsmäßigen Gebrauch des Zirkus, d. h. seinen Gebrauch zu Vorstellungen in dem bedungenen zweimonatigen Zeitraum vom 1. März bis 1. Mai 1892 zu gewähren, und er hat schon deshalb auf das Mietgeld keinen Anspruch zu machen, (vielmehr den empfangenen Teil zurückzugeben), so daß dahingestellt bleiben kann, ob ihn an der Nichtfertigstellung des Zirkus auf 1. März eine Schuld trifft, und ob etwa Kläger auch wegen eines hiemit eingetretenen Verzugs des Beklagten zum Rücktritt vom Mietvertrag befugt gewesen ist.

1. Der angeführte Beschluß der bürgerlichen Kollegien hatte zunächst nur die Wirkung, daß — die rechtzeitige Fertigstellung des Zirkusbaus auf 1. März auch vorausgesetzt — Kläger in der Zeit vom 1. März bis 1. April 1892, d. i. in der ersten Hälfte des vertragsmäßigen Zeitraums, keine Vorstellungen geben, also — da er den Zirkus eben hiezu, und nicht etwa als Stall oder Unterkunftsraum für seine Sachen gemietet hatte — den vertragsmäßigen Gebrauch von dem Zirkus während dieses hälftigen Zeitraums nicht machen konnte, und schon hieraus ergiebt sich, daß, selbst wenn der Kläger demunerachtet wenigstens für die zweite Hälfte der Mietzeit an den Mietvertrag gebunden gewesen wäre, Beklagter nur die Hälfte des Mietgelds anzusprechen hätte, seine Forderung des ganzen Betrags also jedenfalls unbegründet ist.

Allein Kläger war in der That nicht verbunden, mit der Hälfte der von ihm ausbedungenen Mietzeit sich zu begnügen, oder die bedungene zweimonatige Spielzeit vom 1. April, statt vom 1. März an, beginnen und bis 1. Juni, statt bis 1. Mai dauern zu lassen. Es konnte bei Abschluß des Mietvertrags Beklagter darüber nicht im Zweifel sein, daß Kläger an den einzelnen, mit seinem Zirkus nach einander zu besuchenden Orten seine Spielzeit nicht willkürlich festsetzen und beliebig verlegen könne, sondern sich notwendig darauf verlassen

müsse, daß die jeweils vereinbarte Spielzeit auch eingehalten werde, zumal der Geschäftsführer des Klägers, wie Beklagter selbst einräumt, dem Beklagten wiederholt gesagt hatte, daß Kläger bis 10. Mai in Pest aufziehen müsse; sodann ist auch dem Nichtfachmann einleuchtend, daß eine Spielzeit von nur 4—5 Wochen dem Kläger nicht dieselben Aussichten auf Gewinn geboten hätte, wie der in Ziffer 6 des Vertrags bedungene Zeitraum von 2—2½ Monat, schon darum, weil die beträchtlichen Kosten der Verbringung der Zirkusgesellschaft nach einem gegebenen Platze, welche als Auslagen auf die an diesem Platze zu machenden Einnahmen aufzurechnen sind, wenn sie auf einen größeren Zeitraum sich verteilen, für die einzelne Vorstellung sich vermindern, also deren Unkosten herabsetzen. Im Hinblick auf solche — auch dem Beklagten, wie seine Briefe an den Kläger zeigen, keineswegs fremden — Verhältnisse eines Zirkusunternehmers konnte Beklagter bei Abschluß des Mietvertrags darüber nicht im Zweifel sein, daß, wenn sich Kläger eine mindestens 2—2½ monatige Mietzeit ausbedinge und für Beginn und Ende derselben den 1. März und 1. (bezw. 15.) Mai festgesetzt wissen wolle, er hiemit zum Ausdruck bringe, daß *diese* Zeit und Dauer der Miete — und *nur* sie — seinem Interesse und seiner Vertragsabsicht entspreche, und es hat sich Beklagter dieser Vertragsabsicht des Klägers durch Eingehung von Punkt 6 des Vertrags unterworfen. Jeder für eine andere Zeit dem Kläger zur Verfügung gestellte Gebrauch des Zirkus war deshalb nicht der vertragsmäßige und Kläger denselben an Stelle des im Vertrag bestimmten anzunehmen nicht verpflichtet.

Es liegt hienach auf Seiten des Beklagten nicht bloß *teilweise* und verspätete Gewährung, sondern *gänzliche* Nichtgewährung des Mietgebrauchs vor — wie denn auch Kläger seine Klage (in 1. Linie) „auf die *Nicht*erfüllung des Mietvertrags“ gestützt hat.

2. Daß infolge des Spielverbots dem Kläger der vertragsmäßige Gebrauch des Zirkus nicht zu Teil geworden ist, kann auf eine freiwillige Handlung des Beklagten anscheinend

insofern zurückgeführt werden, als es in seiner Hand lag, die ihm angesonnene Eingehung des Nachtrags zum Pachtvertrag mit der Stadt Stuttgart abzulehnen. Man kann aber dem Beklagten zugeben, daß er nach Lage der Sache, um die seitens der bürgerlichen Kollegien vorbehaltene Genehmigung des Pachtvertrags zu erwirken, glauben konnte, hierauf eingehen zu sollen, und daß ihm deshalb diese Einwilligung als eine schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflicht gegen den Kläger nicht angerechnet werden kann.

Allein auch wenn hienach die Uebernahme der fraglichen Nachtragsverpflichtung wie der Beschluß der Gemeindebehörden selbst als ein für den Beklagten unabwendbarer Zufall betrachtet wird, hat Beklagter gleichwohl keinen Anspruch auf den Mietzins, weil nach den angeführten Gesetzesstellen der Beklagte als Vermieter und nicht der Kläger die Folge dieses Zufalls zu tragen hat.

Es gilt zwar der Satz, daß der Mieter, auch wenn er aus Zufall die vermietete Sache nicht gebrauchen konnte, den Mietzins gleichwohl zu entrichten hat, falls das zufällige Hindernis des Gebrauchs in seiner Person gelegen ist [1]). Allein es wäre unrichtig, dies auf den vorliegenden Fall in der Weise anwenden zu wollen, daß gesagt würde, das Spielverbot sei ein in der Person des Klägers eingetretener Zufall, indem es an denjenigen, welcher Vorstellungen im Zirkus geben wollte, sich gerichtet habe.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die dem Beklagten in § 10 des Pachtvertrags auferlegte privatrechtliche Verbindlichkeit dahin gegangen ist: „Die Vorstellungen in dem von ihm zu erbauenden Zirkusgebäude nicht vor dem 1. April 1892 beginnen zu lassen"; wollte Beklagter dieser gegen die Stadtgemeinde von ihm übernommenen Verbindlichkeit nachkommen, so war er genötigt, dem Kläger den auf 1. März versprochenen Gebrauch des Zirkus vorzuenthalten, ihn durch Nichtübergeben des Zirkus an dessen vertragsmäßigem Gebrauch

1) l. 61 § 1 D. 19, 2 u. arg. l. 19 § 9. 10. D. eod.

zu hindern; es war also zunächst der Beklagte an Gewährung des Gebrauchs verhindert, und erst folgeweise der Kläger daran verhindert, diesen Gebrauch zu machen.

Aber auch wenn man in der Auferlegung jener Pachtverbindlichkeit an den Beklagten zugleich die Bekanntmachung eines öffentlich-rechtlichen (bau- oder gewerbepolizeilichen) Verbots der Ortsobrigkeit finden wollte, welches der Natur der Sache nach an alle Beteiligten zugleich, also an den Kläger, wie an den Beklagten, je in erster Linie gerichtet sei, so käme man zu dem nämlichen Ergebnis.

In allen von den angeführten Quellenstellen behandelten Fällen eines die vermietete Sache selbst treffenden Hindernisses ihres Gebrauchs (wie bei Abbrennen des vermieteten Hauses, Verbauen des Lichts der vermieteten Wohnung) ist ebenso sehr der Mieter daran, den gewollten Gebrauch zu machen, wie der Vermieter daran, diesen Gebrauch zu gewähren, verhindert, und insofern kann man sagen, es liege in solchen Fällen ein gebrauchshindernder Zufall vor, der sowohl in der Person des Mieters, als auch in der des Vermieters eingetreten sei; gleichwohl soll die Folge des Zufalls allein den Vermieter treffen, sofern derselbe keinen Mietzins fordern kann. Jener in l. 61 § 1 D. 19, 2 ausgesprochene Satz (von der trotz der zufällig eingetretenen Gebrauchsverhinderung fortdauernden Verpflichtung des Mieters zur Bezahlung des Mietzinses) kann deshalb nur dahin aufgefaßt werden: der Mieter habe trotz zufälligen Gebrauchshindernisses das Mietgeld zu entrichten (nur) dann, wenn er durch ein ausschließlich in seiner Person gelegenes Hindernis an der Benützung des ihm angebotenen Gebrauchs verhindert war, nicht aber wenn das Hindernis die vermietete Sache selbst oder beide Parteien zugleich betroffen hat, so daß der vertragsmäßige Gebrauch gar nicht angeboten werden konnte [1]).

3. Die Möglichkeit, daß das fragliche Gebrauchshindernis

1) Vgl. RG. Bd. 4 S. 169 f. (wo das Gebrauchsverbot sogar nur an den Mieter gerichtet war) und Dernburg, Pand. II. § 111 Not. 19.

eintreten, bezw. das ergangene Spielverbot nicht beſeitigt werden konnte, war von beiden Parteien vorausgeſehen, obwohl dieſelben die Erwartung gehegt haben, daß es ſich werde heben laſſen; allein die Vorausſicht ſolcher Möglichkeit iſt kein Grund, dem betreffenden Hindernis, wenn es eintritt, bezw. die Unmöglichkeit ſeiner Beſeitigung ſich herausſtellt, die rechtliche Wirkung eines zufälligen Gebrauchshinderniſſes zu verſagen [1]).

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 23. Juni 1893 in Sachen Hangleiter g. Wulff.

38.

Kann die Verpflichtung zu Eingehung eines Familienverhältniſſes Gegenſtand einer Obligation ſein?

Die klagenden Eheleute behaupteten, Beklagter habe ihnen eine jährliche Rente und andere Zuwendungen verſprochen, um es dem klagenden Ehemann zu ermöglichen, die Mitklägerin zu ehelichen; die in Frage ſtehenden Zuſicherungen des Beklagten ſeien daher nicht als Schenkungen aufzufaſſen, ſondern fallen unter den Geſichtspunkt des Innominatkontrakts. Hierüber hat ſich das Berufungsgericht in ſeinen

Gründen

folgendermaßen ausgeſprochen:

„Der Auffaſſung, daß es ſich bei dem Verſprechen des Beklagten nicht um eine Schenkung, ſondern um ein zweiſeitiges Rechtsgeſchäft, einen Innominatkontrakt (do ut facias), handle, zu deſſen Gültigkeit und Klagbarkeit es der Beobachtung einer Formvorſchrift nicht bedürfe, kann nicht beigetreten werden. Gegenſtand des obligatoriſchen Vertrages kann nicht jede Handlung ſein, an der der andere Teil irgend ein Intereſſe hat. Wenn man auch an der früher herrſchenden Anſicht [2]), daß die Leiſtung eine vermögensrechtliche ſein müſſe,

1) R.G. a. a. O.

2) Die Dernburg, Pand. II. § 1. 17 noch vertritt.

nicht festhalten und der Ansicht beipflichten will, daß die Handlung, welche Gegenstand eines Forderungsrechtes werden kann, nicht einen Geldwert für den Berechtigten haben muß, so können doch nicht alle Handlungen Gegenstand einer obligatorischen Schuldverbindlichkeit sein. Auch Windscheid, der die neuere Ansicht vertritt, scheidet[1]) aus dem Kreise der persönlichen Rechte, der Obligationen, die Familienrechte aus. Die Verpflichtung zu Eingehung eines Familienverhältnisses kann nicht Gegenstand einer Obligation sein, weder der Person gegenüber, zu welcher das Familienverhältnis begründet werden soll, und noch weniger einer dritten Person gegenüber. Wenn auch an die Nichterfüllung einer auf Eingehung eines Familienverhältnisses gerichteten Verpflichtung ein Strafgeding geknüpft werden kann, so bildet doch die Verpflichtung, welche hiedurch gesichert werden soll, nicht den Gegenstand eines Forderungsrechtes.

Daß mit der Absicht der Liberalität, die einer Vermögenszuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an einen Andern zu Grund liegt, ein weiterer Zweck, wie die Beförderung der Eingehung eines Familienverhältnisses, verbunden ist, hebt den Begriff der Schenkung nicht auf, und verleiht dem Geschäft nicht den Charakter einer zweiseitigen Obligation, auch dann nicht, wenn derjenige, dem die Zuwendung gemacht wird, hiewegen zur Eingehung eines Familienverhältnisses sich verpflichtet."

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 1891 i. S. Heyd g. Stickers.

39.

§§ 2 und 3. Ziff. 1 des Anfechtungsgesetzes; Vorempfang von Vatergut bei fortgesetzter allgemeiner Gütergemeinschaft als anfechtbare Rechtshandlung.

Das Thatsächliche ergiebt sich aus den

Gründen:

---

1) Pand. II. § 250.

1) Die Kläger haben zum Zweck der Befriedigung des ihnen gegen K. R., den Sohn der Beklagten, auf Grund des rechtskräftigen Urteils des Amtsgerichts Ellwangen vom 24. Dezember 1891 zuſtehenden Anſpruchs auf Bezahlung von Tauf- und Kindbettkoſten und von Alimenten für das uneheliche Kind der Mitklägerin C. B. Anfechtungsklage nach Maßgabe des R.G. vom 21. Juli 1879 gegen die Beklagte erhoben und in erſter Inſtanz ein prinzipales Geſuch und 3 eventuelle Geſuche geſtellt. Eines dieſer eventuellen Geſuche iſt dahin gegangen, daß die Beklagte den ihrem Sohn gegen ſie zuſtehenden Vatergutsanſpruch mit 625 M. als noch zu dem Vermögen dieſes Sohns gehörig zurückzugewähren und demgemäß die Zwangsvollſtreckung in dieſen Anſpruch aus obigem Urteil gegen K. R. zu dulden habe.

Dieſen Antrag haben die Kläger, nur in einer etwas veränderten Faſſung, in zweiter Inſtanz feſtgehalten, indem ſie gebeten haben, die Beklagte für ſchuldig zu erklären, daß ſie den Betrag von 625 M., eventuell von 300 M. als Anteil ihres Sohnes K. R. an dem in ihrer Verwaltung und Nutznießung befindlichen Geſamtgut ihrer Kinder in dasſelbe zurückzugewähren und die durch Pfändung des Anſpruchs des K. R. an die Beklagte auf ſeinerzeitige Ausfolge jenes Anteils zu bewerkſtelligende Zwangsvollſtreckung aus obigem Urteil zu dulden habe.

2) Die Vorausſetzungen des § 2 des Anfechtungsgeſetzes treffen im vorliegenden Fall zu. Der vollſtreckbare Schuldtitel beſteht in dem erwähnten amtsgerichtlichen Urteil vom 24. Dezember 1891. Durch dasſelbe iſt K. R. zur Bezahlung von 40 M. Tauf- und Kindbettkoſten an die Mitklägerin C. B., von in der Zeit vom 14. März bis 14. Dezember 1891 für das uneheliche Kind derſelben aufgewendeten Alimenten im Betrag von 40 M. an die B. bezw. deren Vater als den Pfleger des Kinds und von jährlichen Alimenten von 120 M. an das uneheliche Kind Joſeph B. ſo lange, bis dasſelbe ſich ſelbſt ernähren kann, jedenfalls bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahr desſelben verurteilt worden. Sofern es ſich hienach um regel-

mäßig wiederkehrende Leistungen des K. R. handelt, ist die Forderung der Kläger nur insoweit fällig, als zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf deren Grund das Urteil im vorliegenden Rechtsstreit ergeht, der Termin für die Entrichtung jener Leistungen eingetreten ist. Am 15. Juni 1893, dem Tag dieser Verhandlung, sind nun nach dem gedachten Urteil verfallen außer den Tauf- und Kindbettkosten mit 40 M.
und den bis zum 14. Dezember 1891 aufgewendeten Alimenten mit . . . . . 40 M.
die von letzterem Tag bis zum 14. Juni 1893 zu entrichtenden Alimente (auf $1^3/_4$ Jahre) . 210 M.
zusammen . . . . . 290 M.

Die Anfechtungsklage hat sich daher auf die Befriedigung dieses Betrags zu beschränken, wogegen der weiter gehende Anspruch der Kläger, welcher dahin gerichtet ist, daß die Beklagte die Zwangsvollstreckung auch wegen der zukünftig verfallenden Beträge (nämlich je bei Verfall) zu gestatten habe, nicht begründet ist. Denn nach § 2 des Anfechtungsgesetzes ist die Erhebung der Anfechtungsklage nur wegen einer fälligen, zur Zwangsvollstreckung reifen Forderung zulässig, da das Anfechtungsrecht nach dem Gesetz lediglich ein Ausfluß der Befugnis des Gläubigers, die Zwangsvollstreckung zu beantragen, ist, diese Befugnis aber eine fällige Forderung voraussetzt [1]), und es ist nach § 9 des Anfechtungsgesetzes in dem Klageantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfang die Rückgewähr bestimmt werden soll.

Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners K. R. konnte unbestrittenermaßen nicht vorgenommen werden, und es ist auch nicht anzunehmen, daß eine Zwangsvollstreckung in die Vatergutsforderung des K. R., soweit solche dermalen noch bestehen sollte, zu der vollständigen Befriedigung

1) Hahn, Mat. IV, 236, 768, Petersen und Kleinfeller, K.O. 2. A. S. 651, Wilmowski, K.O. 4. A. S. 543, Völderndorff, K.O. 2. A. III, 146, Cosack, Anf. S. 37, Korn, Anf. S. 9, Jäckel, Anf. S. 31, Menzel, Anf. S. 43, zu vergl. auch Entsch. des R.G. in Gruchot, Beitr. XXV, 1060 ff.

der verfallenen Forderung der Kläger an den letztern führen werde. (Dies wird weiter ausgeführt.)

3) Die Anfechtung wird auf die Z. 1 und 2 des § 3 des Anfechtungsgesetzes gestützt. Diese Anfechtung setzt voraus, daß der Gläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung seines Schuldners benachteiligt wird.

Letztere Rechtshandlung besteht nach der Behauptung der Kläger darin, daß K. R. von der Beklagten auf Abrechnung an seiner Vatergutsforderung eine Zahlung von 1000 M., eventuell von 300 M. sich habe leisten lassen. Es hat nun die Beklagte im Prozeß zugestanden, daß sie ihrem Sohn, als sie von dessen Verkehr mit der C. B. gehört habe, hierüber Vorwürfe gemacht und erklärt habe, daß er nicht mehr in ihrem Hause bleiben dürfe, daß ihr Sohn darauf erwidert habe, er gehe fort, wenn sie ihm von seinem Vermögen gebe, und daß die Beklagte demselben an Geld und Kleidern 300 M. gegeben habe, worauf ihr Sohn fortgegangen sei, ohne zu sagen, wohin, und erst nach längerer Zeit von Amerika geschrieben habe. Hiernach und da die Beklagte nicht behauptet hat, daß sie den damals ihrem Sohn gegebenen Betrag als Schenkung oder Vorempfang auf ihr eigenes Vermögen verabfolgt habe, ist anzunehmen, daß es sich um einen Vorempfang des K. R. gehandelt habe, welcher gemäß der von den Beteiligten beim Aufschub der Eventualteilung des Nachlasses des Ehemannes der Beklagten getroffenen Vereinbarung zur Hälfte aus diesem Nachlaß gegeben worden ist, wenn man nicht gemäß L.R. IV, 13 § 2 unterstellen will, daß der ganze damals von der Beklagten ihrem Sohne verabreichte Betrag zunächst aus dessen Vatergut gegeben worden sei.

Die Beklagte hat nun mit ihrem am 10. Dezember 1890 gestorbenen Ehemann in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt und diesen in Gemeinschaft mit ihren 8 Kindern, darunter dem K. R., ab intestato beerbt. Die Erbschaft wurde von den Erben unbedingt angetreten, die allgemeine Gütergemeinschaft aber in Gemäßheit des Ehevertrags unter Aufschub der Eventualteilung von der Beklagten und ihren Kindern fortge-

ſetzt, auch das gemeinſchaftliche Vermögen zu 10 000 M. angeſchlagen.

Da die frühere Anſicht der württembergiſchen Gerichte, daß bei der allgemeinen Gütergemeinſchaft das vorhandene gemeinſchaftliche Vermögen der Ehegatten bei deren Lebzeiten im Geſamteigentum derſelben ſtehe und beim Tode eines der Ehegatten in das Alleineigentum des überlebenden Ehegatten falle, von der württembergiſchen Gerichtspraxis längſt aufgegeben worden iſt und nunmehr angenommen wird, daß jeder der beiden Ehegatten bei ſeinen Lebzeiten ideeller Miteigentümer des gemeinſchaftlichen Vermögens zur Hälfte iſt und daß der in der Hälfte dieſes Vermögens beſtehende Nachlaß des verſtorbenen Ehegatten nunmehr in das ideelle Miteigentum der Erben desſelben, alſo, wenn der Erblaſſer ab intestato beerbt wird, der Wittwe und der Kinder desſelben, je zu ihren Erbteilen übergeht [1]), ſo hat K. R. nach dem Tode ſeines ohne Hinterlaſſung eines Teſtaments verſtorbenen Vaters als deſſen Erbe 1/9 an der Hälfte des vorhandenen gemeinſchaftlichen Vermögens ſeiner Eltern (dieſes 1/9 würde bei Zugrundlegung obiger Schätzung dieſes Vermögens zu 10 000 M. — 555,55 M. betragen) als ideeller Miteigentümer und einen Anſpruch auf dereinſtige Herausgabe dieſes Anteils nach Beendigung der ſtatutariſchen Nutznießung der Beklagten erworben.

Dadurch nun, daß K. R. ſich obige Zahlung auf Abrechnung an ſeinem Vatergut von der Beklagten hat leiſten laſſen und nach deren Empfang ſich nach Amerika begeben hat, hat er dieſen Teil ſeines Vermögens dem Zugriff ſeiner Gläubiger entzogen und letztere ſomit benachteiligt. Wenn der vorige Richter annimmt, daß eine Benachteiligung der Gläubiger des K. R. deshalb nicht vorliege, weil die Kinder, welche mit dem überlebenden Ehegatten die allgemeine Gütergemeinſchaft fortſetzen, über das Geſamtgut nicht verfügen und ihr Anrecht nicht veräußern können, ſo iſt dies bei Zugrundlegung obigen

1) Tafel, Civilrechtsſpr. VI, 34 ff., württ. Arch. XVI, 332, 333, Hohl, württ. Erbrecht 6. A. S. 278, Lang, Perſ.R. 2. A. S. 414.

Rechtsverhältniſſes der Kinder zu dem Nachlaß ihres Erblaſſers, welcher in allgemeiner Gütergemeinſchaft gelebt hat, unzutreffend. Vielmehr kann K. R. zufolge ausdrücklicher geſetzlicher Beſtimmung [1]) über ſeinen Anteil an dem hinterfälligen Vermögen, welches in der Nutznießung der Beklagten ſteht, vorbehältlich dieſer Nutznießung auch unter Lebenden verfügen [2]).

Dieſes Recht zur Verfügung und damit auch zur Veräußerung können daher auch die Gläubiger des K. R. im Weg der Zwangsvollſtreckung nach Maßgabe des § 754 C.P.O. ausüben [3]).

Nicht entgegen ſteht, daß der überlebende Ehegatte, welcher mit ſeinen Kindern die allgemeine Gütergemeinſchaft fortſetzt, das freie unbeſchränkte Verwaltungsrecht über das geſamte gemeinſchaftliche Vermögen hat [4]), und daher dasſelbe auch veräußern kann. Denn dies hat auf jenes Verfügungsrecht des Kinds und ſeiner Gläubiger keinen Einfluß, ſondern es kann durch jene Befugnis des überlebenden Ehegatten nur unter Umſtänden die Verwirklichung des Anſpruchs auf dereinſtige Herausgabe des Anteils des Kinds an dem Nachlaß des Erblaſſers beeinträchtigt oder vereitelt werden.

4) Dadurch, daß K. R. ſich die mehrerwähnte Zahlung auf Abrechnung an ſeinem Vatergut von der Beklagten hat leiſten laſſen, hat er ſich ſeiner Forderung auf Herausgabe des Vaterguts bei der Beendigung der ſtatutariſchen Nutznießung der Beklagten entäußert gegen den Empfang eines entſprechenden Entgelts. Inſofern kann in der angefochtenen Rechtshandlung ein entgeltlicher Vertrag im Sinn des § 3 Z. 2 des Anfechtungsgeſetzes gefunden werden [5]).

Ob aber die Anfechtung auf Grund dieſer Geſetzesbeſtimmung deshalb ausgeſchloſſen ſei, weil K. R. für die Ver-

---

1) L.R. IV, 15 § 3 a. E.

2) Zu vergl. Jahrb. der württ. Rechtspfl. I, 307.

3) Gaupp, C.P.O. 2. A. II, 494, 495 u. in Note 8.

4) Lang, Perſ.R. 2. Aufl. S. 415 f. bei Note 14, Hohl, a. a. O. S. 288.

5) Vgl. Entſch. des R.G. XXVII. S. 154.

äußerung ſeiner Vatergutsforderung ein gleichwertiges Entgelt empfangen habe und daher deſſen Gläubiger nicht durch den Abſchluß des entgeltlichen Vertrags benachteiligt worden ſeien, ſondern erſt durch die nachträgliche Verwendung des Entgelts zur Entfernung nach Amerika, bezw. durch die Fortnahme desſelben in dieſes Land [1]), kann auf ſich beruhen. Denn jedenfalls iſt die fragliche Rechtshandlung des K. R. nach § 3 Z. 1 des Anfechtungsgeſetzes anfechtbar.

Die von den Klägern gegen den letztern erhobene Klage, auf deren Grund das amtsgerichtliche Urteil vom 24. Dezember 1891 ergangen iſt, iſt am 9. Dezember 1891 wegen damaliger zufälliger Abweſenheit des K. R. deſſen Bruder Rudolf zugeſtellt worden. K. R. hat daher, wie ohne weiteres unterſtellt werden darf, alsbald nachher von der Erhebung jener Klage Kenntnis erhalten. Wenn er nun auf die ihm wegen ſeines Verkehrs mit der C. B. gemachten Vorwürfe der Beklagten und deren Erklärung, daß er nicht mehr in ihrem Hauſe bleiben dürfe, erwidert hat, er gehe fort, wenn die Beklagte ihm von ſeinem Vermögen gebe, und die letztere dem K. R. hierauf eine Zahlung geleiſtet, auch dieſer ſich mit derſelben alsbald, wie von der Beklagten gegenüber dem Gerichtsvollzieher erklärt worden iſt, am 11. Dezember 1891 nach Amerika begeben hat, ſo darf als erwieſen angenommen werden, daß K. R. ſich die Zahlung auf ſein Vatergut in der Abſicht hat leiſten laſſen, die ihm zuſtehende Forderung auf dereinſtige Herausgabe ſeines Vaterguts dem Zugriff der Kläger zu entziehen. Daß dieſe Abſicht der Beklagten bei der Leiſtung der Zahlung an K. R. bekannt geweſen iſt, kann angeſichts obiger von der Beklagten eingeräumten Vorgänge mit Grund nicht bezweifelt werden, zumal da die Beklagte, bei welcher damals K. R. als Knecht gedient hat, von der Klagerhebung ſeitens der Klägerin gegen den letzteren Kenntnis erhalten haben muß.

---

1) Zu vergl. Entſch. des R.G. XXVII, 99 f. XXIX, 79.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 1893 i. S. Blümle gegen Rieger.

40.

1. Gerichtsstand der Klage auf Anerkennung des statutarischen Nutznießungsrechtes an Liegenschaften.
2. Welches Recht ist für das Erbrecht des überlebenden Gatten und für die Form eines Erbverzichts maßgebend? Begriff des Wohnsitzes.
3. Voraussetzungen der Verwirkung des statutarischen Nießbrauchs (L.R. V, 11 § 2).

Die Klägerin hat ihren am 5. Juni 1875 zu Stuttgart gestorbenen ersten Ehemann, F. K., zusammen mit den aus dieser Ehe entsprossenen vier Kindern, von denen später eines gestorben ist, beerbt und beansprucht an den Erbteilen dieser Kinder den ihr als Ehegattin angeblich nach Gesetz zustehenden lebenslänglichen (statutarischen) Nießbrauch. Der Beklagte, volljähriger Sohn der Klägerin, bestreitet diesen Anspruch. Er hat die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Stuttgart bestritten hinsichtlich des Anspruchs auf den Nießbrauch eines in Amerika gelegenen Grundstücks, weil insoweit § 25 Civil-Prozeß-Ordnung zutreffe, er hat ferner bestritten, daß die Ansprüche der Klägerin inbetreff des Nachlasses ihres ersten Ehemannes nach württ. Recht zu beurteilen seien, weil F. K., der nicht württ. Staatsbürger gewesen sei, zur Zeit seiner Eheschließung entweder keinen Wohnsitz oder einen solchen nur in Heidelberg gehabt habe; er hat weiter geltend gemacht, daß Klägerin durch einen am 12./26. Oktober 1871 mit ihrem Ehemann geschlossenen Trennungsvertrag, in dem die Aufhebung jeder ehelichen Gemeinschaft vereinbart war, gegen eine Abfindung von 10 000 Dollars auf ihr „künftiges Erbrecht, Wittumsrecht u. s. w. an den Nachlaß des Ehemanns" verzichtet habe. Bei diesem Vertrag ist die in L.R. III, 8 § 3 vorgeschriebene Form nicht gewahrt. Für den Fall, daß der Klägerin das statutarische Nutznießungsrecht an sich zustehen sollte, hat Beklagter geltend

gemacht, daß Klägerin dasſelbe gemäß L.R. IV, 11 § 2 (bzw. § 3) verwirkt habe. In dieſer Richtung hat er u. a. ſich darauf berufen, daß Klägerin 1887 ein uneheliches Kind geboren hat, deſſen Vater ein gewiſſer Freely ſein ſoll, daß ſie — unter Zurücklaſſung ihrer Kinder — ſich vom Herbſt 1882 bis zu ihrer im Juli 1885 erfolgten zweiten Verheiratung in Amerika bei ihrer Mutter und ihren Geſchwiſtern aufgehalten hat und daß ſie ihr geſamtes, nicht unbeträchtliches Vermögen verbraucht bezw. eingebüßt, ſowie daß ſie überhaupt die Erziehung ihrer Kinder vernachläſſigt habe, wie insbeſondere aus Aeußerungen des Rektors der betreffenden Schule hervorgehe, die ſich bei den Akten des Gemeinderats Stuttgart befinden, und daraus, daß ihr durch Beſchluß dieſes Gemeinderats die Erziehung ihrer Kinder entzogen worden ſei.

Klägerin hat beſtritten, daß einer der Einwände gegen das von ihr beanſpruchte ſtatutariſche Nutznießungsrecht zutreffe.

Die Klage iſt in beiden Inſtanzen abgewieſen worden, in der Berufungsinſtanz aus folgenden

Gründen:

I. Sofern die Klägerin behauptet, daß das von ihr beanſpruchte Nutznießungsrecht ihr in demjenigen Umfang und Inhalt zuſtehe, den das im württemb. Landrecht Teil IV. Tit. 9—12 geregelte, ſogenannte ſtatutariſche Nutznießungsrecht habe, und ſofern das württemb. Landrecht die Nutznießung dem überlebenden Ehegatten nur dann zuerkennt, wenn er den verſtorbenen Gatten zuſammen mit gewiſſen Klaſſen von Verwandten, insbeſondere mit gemeinſchaftlichen Abkömmlingen ohne Teſtament beerbt (alſo nicht, wenn er deſſen Erbſchaft ausſchlägt), ſo daß nach württemb. Recht dieſes Nutznießungsrecht als ein den Erbteil des Ehegatten (ſeine „ſtatutariſche Portion") ergänzender Zuſatz, ſomit als Teil ſeines Gattenerbrechts erſcheint, macht Klägerin mit der vorliegenden Klage einen Teil des Erbrechts geltend, das ihr als Ehegattin am Nachlaß ihres Ehemanns und als überlebendem Elternteil an den von dieſem Nachlaß ihren Kindern zugefallenen Erbteilen zukommt, erhebt ſie ſomit die Erbteilungsklage, (welche

nicht bloß auf Teilung im engern Sinn, sondern auf vollständige Auseinandersetzung der Miterben geht), gerichtet in erster Linie auf Feststellung ihres erbrechtlichen Nießbrauchsrechts, also des in Frage stehenden Teils ihres Miterbrechts, gegenüber dem Beklagten, welcher ihr diesen Teil ihres Miterbrechts bestreitet [1]). Steht somit hier nicht etwa eine auf den Erwerbsgrund des Erbgangs gestützte Singularklage (vindicatio ususfructus) in Frage, sondern die Erbschafts- oder Erbteilungsklage, so trifft für diese Klage der Gerichtsstand der Erbschaft zu bei dem Landgericht Stuttgart als dem Gericht des Orts, an welchem der Erblasser F. K. zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz gehabt hat: C.P.O. § 28 Abs. 1 [2]). Dem Gerichtsstand der Erbschaft gegenüber greift die Ausschließlichkeit des sogenannten dinglichen Gerichtsstands (§ 25 C.P.O.) „für Klagen, welche die dingliche Belastung von Grundstücken geltend machen," nach dem Zweck des erstgenannten Gerichtsstands: die einheitliche Regelung des Nachlasses zu ermöglichen, — wie allgemein anerkannt wird, — nicht Platz [3]). Es ist deshalb die Zuständigkeit des Landgerichts Stuttgart auch hinsichtlich des an dem in Amerika (New-York) gelegenen Grundstück bezw. Grundstücksanteil des Beklagten beanspruchten Nießbrauchs selbst dann nicht zu bezweifeln, wenn nach den Vorschriften des gemeinen und des in dieser Beziehung von dem gemeinen nicht abweichenden württemb. Rechts die Nutznießung an einem Erbteil, wie überhaupt an dem Ganzen und dem Bruchteil eines Vermögens, nicht als Recht an einer Sachgesamtheit, sondern als Summe einzelner, an den einzelnen Stücken des Erbvermögens zustehenden, und je nach deren Natur als eigentlicher und als uneigentlicher Nießbrauch sich gestaltender, Nutznießungsrechte aufzufassen und demgemäß der an einem Erbteil geltend gemachte Nießbrauch nicht an

1) Zu vgl. Windscheid, Pand. III. § 608 Text zu Note 30. 31, sowie zu Note 14.

2) R.G.E. Bd. 15 S. 367.

3) Gaupp, Komm. z. C.P.O. I. S. 66. Ziff. II. A. Not. 6. Struckmann-Koch, Komm. u. Wilmowski, Komm. z C.P.O. zu § 28.

ſich ſchon mit einer Univerſalklage zu verfolgen ſein ſollte (ſondern nur dann, wenn er, als Beſtandteil eines Erbrechts, mit einer Erbſchafts- oder Erbteilungsklage geltend gemacht wird).

II. Der geltend gemachte Nutznießungsanſpruch, ſoweit er auf Geſetz, ſowie auch ſoweit er auf Vereinbarung und Anerkenntnis des Vormunds des Beklagten geſtützt wird, iſt nach dem württ. Landrecht zu beurteilen, und zwar gleicher Weiſe, mag man mit Wächter [1]) den erſten — oder (mit der herrſchenden Anſicht des gemeinen Rechts) den letzten Wohnſitz der Ehegatten als den für die Beſtimmung des das Erbrecht des überlebenden Gatten regelnden Geſetzes maßgebenden Ort anſehen, da F. K. ſowohl zur Zeit der Eingehung ſeiner Ehe mit der Klägerin als auch zur Zeit ſeines Tods ſeinen Wohnſitz in Stuttgart gehabt hat.

Daß F. K., ein geborner Stuttgarter und durch Geburt württ. Staatsbürger, nach ſeiner Rückkehr aus Amerika „unmittelbar vor Abſchluß ſeiner Ehe mit der Klägerin ſeinen Wohnſitz in Stuttgart gehabt hat," iſt im Thatbeſtand des Urteils I. Inſtanz als unbeſtritten feſtgeſtellt und auch mit den feſtſtehenden Thatſachen, insbeſondere mit dem Ankauf des H.'ſchen Wohnhauſes, im Einklang; zur Zeit ſeiner Eheſchließung mit der Klägerin hat er in Heidelberg gewohnt; 7 Monate nachher iſt er aus Heidelberg nach Stuttgart zurückgekehrt und hat dort, wie anerkannt, ſeinen Wohnſitz bis zu ſeinem Tode gehabt; daß er auch in der Zwiſchenzeit, insbeſondere zur Zeit ſeiner Eheſchließung, ſeinen Wohnſitz in Stuttgart nicht aufgegeben, ihn nicht nach Heidelberg verlegt, ſondern in Heidelberg nur einen vorübergehenden Aufenthalt genommen hat, ergiebt ſich aus folgendem.

Die Thatſache, daß die Klägerin ihr erſtes Kind, den Beklagten, am 30. November 1870, ſomit nur 12 Tage nach der am 18. November 1870 ſtattgehabten Hochzeit mit F. K., geboren hat in Verbindung mit dem Umſtand, daß irgend ein anderer Anlaß zur Ueberſiedlung nach Heidelberg nicht ange-

1) Württ. Pr.R. I. S. 801. II. S. 105 zu Note 40.

geben und auch bei den Teilungsverhandlungen von diesem Aufenthalt in Heidelberg gar nicht gesprochen worden ist, läßt den von der Klägerin jetzt angegebenen Grund desselben: Trauung und Entbindung der Klägerin ohne Aufsehen vorüber gehen zu lassen, als ganz glaubhaft erscheinen; nach diesem Zweck des in Heidelberg genommenen Aufenthalts aber ist anzunehmen, daß er nur als ein vorübergehender beabsichtigt war; hiemit im Einklang steht, daß die in Heidelberg entrichtete Miete von Monat zu Monat bezahlt, das Mietverhältnis also wohl auch monatlich kündbar gewesen ist, und daß in der polizeilichen Meldung mit dem Datum: Heidelberg 18. November 1870 bemerkt ist, daß K. mit seiner Ehefrau in Heidelberg bei S. „Wohnung" (nicht: Wohnsitz) genommen habe, und sich daselbst „auf unbestimmte Zeit aufzuhalten" (nicht: sich niederzulassen oder: zu bleiben, seinen Wohnsitz zu nehmen) beabsichtige; endlich spricht hiefür die Thatsache, daß K. mit seiner Familie schon nach 7 Monaten nach Stuttgart, seiner Heimat, woselbst er sein Wohnhaus hatte und Angehörige desselben wohnten, zurückgekehrt ist, ohne daß ersichtlich wäre, es habe ihn zu dieser Rückkehr ein besonderer, anfangs nicht vorhergesehener Grund veranlaßt.

Die Behauptung des Beklagten, daß F. K. beim Mieten seiner Wohnung in Heidelberg „die Absicht ausgesprochen habe, dort seinen ehelichen Wohnsitz zu nehmen" kann hiegegen schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil — auch wenn der behauptete Wortlaut der Aeußerung (ob „Wohnsitz" und „Wohnung"?) noch jetzt sollte festgestellt werden können — nicht mit Sicherheit anzunehmen wäre, daß K. hiebei das Wort „Wohnsitz" mit Bewußtsein in seinem technischen Sinn gebraucht habe, — ganz abgesehen davon, daß Beklagter gar nicht angegeben hat, gegen wen und in welchem Zusammenhang K. diese Aeußerung gethan habe, so daß sich nicht beurteilen läßt, ob ihr überhaupt irgend welches rechtliches Gewicht beizulegen sei.

Hienach war der Nachlaß des F. K. zweifellos nach dem in Stuttgart geltenden, also nach württemb. Recht zu regeln und nach diesem Recht zunächst die Vorfrage zu entscheiden,

das Erbrecht welches Staats zur Anwendung zu bringen sei?, diese Frage aber gemäß den in Württemberg anerkannten Grundsätzen des internationalen Privatrechts dahin zu beantworten, daß auf die Beerbung des F. K., und auch auf das Erbrecht seiner Ehefrau gegen ihn, wie gegen ihren Miterben, das württemb. Landrecht Anwendung finde.

Daß insbesondere das am (ersten oder letzten) Wohnsitz der Ehegatten geltende Gesetz das Erbrecht derselben bestimme ohne Rücksicht auf ihr Staatsbürgerrecht, das württ. Landrecht also auf die Beerbung des F. K. auch dann Anwendung finde, wenn er und die Klägerin amerikanische Staatsbürger sein sollten, ist, wie im gemeinen Recht [1]), so auch in Württemberg in Rechtslehre und Anwendung allgemein, auch von Wächter [2]) anerkannt (obwohl letzterer hin und wieder [3]), als „anderer Meinung" angeführt wird, — mit Unrecht, sofern eine genauere Prüfung seiner Ausführungen, insbesondere ihr Zusammenhang mit seiner Abhandlung im Archiv für civilist. Praxis Bd. 24 und 25, ergiebt, daß er unter den Ausdrücken „Angehöriger" oder „Bürger unsres Staats" den durch seinen Wohnsitz, nicht den durch sein Staatsbürgerrecht unserem Staat Angehörenden versteht).

Auch in dem Staatsvertrag des deutschen Reichs mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika vom 11. Dezemb. 1871 A. 10. 11 [4]) ist nicht festgesetzt, daß auf die in Deutschland domizilierten Bürger der Vereinigten Staaten im Fall ihres Ablebens in Deutschland abweichende Grundsätze, insbesondere die Gesetze ihres Heimatsstaats, Anwendung finden sollen. — Im heutigen gemeinen Recht ist sodann auch der Satz allgemein anerkannt, daß das Gesetz des Wohnsitzes des Erblassers den Nachlaß als eine Einheit beherrscht, somit ohne Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, und ohne Rücksicht auf die Belegenheit dieser letzteren, daß also nach diesem Ge-

1) RG. Entsch Bd. 14 S. 184. B. 8 S. 146.
2) Württ. Pr.R. II. § 18—20. S. 79 ff. S. 100. 102 oben.
3) Z. B. bei Stein-Hohl, württ. Erbrecht (6. A.) § 5. S. 5.
4) Reichsgesetzbl. von 1872 S. 95. 101.

setz auch das Erbrecht an den der Landeshoheit eines andern Staats unterworfenen Grundstücken des Erblassers — mit Ausschließung der Gesetzgebung dieses letzteren Staats — sich bestimmt [1]). Dieser Entwicklung des gemeinen Rechts ist auch das württemb. Recht gefolgt, wie z. B. von Wächter [2]) ausdrücklich bezeugt ist; es ist deshalb auch für die Beurteilung des Nießbrauchsrechts, welches die Klägerin an dem von F. K. in New-York hinterlassenen Grundstück in Anspruch nimmt, das württ. Recht maßgebend, und dem Recht des Staats New-Jersey die von diesem für das Gesetz der belegenen Sache in Anspruch genommene Geltung [3]) zu versagen, da nicht behauptet ist, daß jenes Grundstück die — eine besondere Art der Erbfolge nach sich ziehende und darum eine Ausnahme von dem angef. Grundsatz rechtfertigende — Natur eines Lehens-, Stamm- oder Fideikommißguts habe.

III. Umfang und Inhalt des Erbrechts des überlebenden Ehegatten bestimmt sich nach dem am Ort der eröffneten Erbschaft geltenden Gesetze nur insoweit, als die Erbfolge nicht von den Beteiligten — selbst durch Erbvertrag oder letztwillige Verfügung — geregelt ist. Letzteres ist hier nicht der Fall; ein Testament des F. K. liegt nicht vor und der vertragsmäßige Erbverzicht der Klägerin vom 12./26. Oktober 1879 ist, wie jener ganze Vertrag, nichtig.

Die Form eines Rechtsgeschäfts muß an sich von demselben Recht beherrscht sein, welchem auch sein Inhalt: das durch das Geschäft geregelte Rechtsverhältnis, unterworfen ist; für einen Erbverzicht ist dies [4]) das Recht des Orts, wo die Erbschaft eröffnet ist, d. h. wo der Erblasser zur Zeit seines Tods seinen Wohnsitz gehabt hat; der in dem Trennungsvertrag vom 12./26. Oktober 1871 Ziff. 3 enthaltene Erbverzicht der Klägerin ist somit wie hinsichtlich seiner materiellen Wirksamkeit,

1) v. Bar, Theorie und Praxis des internat. Privatrechts. Bd. II. S. 900.

2) Württ. Pr.R. II. S. 101 Note 27.

3) v. Bar, u. a. S. 158 Note 4.

4) R.G.Entsch. B. 8. S. 147. Nr. 37.

ſo auch bezüglich ſeiner formellen Gültigkeit nach dem Rechte Stuttgarts zu beurteilen. Wenn hieneben die gewohnheitsrechtliche Regel: locus regit actum es für ausreichend erklärt, wenn die am Ort der Errichtung des Rechtsgeſchäfts für dasſelbe vorgeſchriebene Form gewahrt iſt, ſo führt auch dieſer Satz im vorliegenden Fall, da der erwähnte Vertrag in Stuttgart errichtet iſt, dazu, die Gültigkeit des Erbverzichts nach der für dieſe Rechtsgeſchäfte im württemb. L.R. III, 8 § 3 vorgeſchriebenen Form (der Beiziehung von je drei Zeugen von ſeiten der beiden Vertragsſchließenden und der geſetzlichen Vertretung der Vorkinder) zu bemeſſen, und denſelben mangels dieſer Form für nichtig zu erklären. Hieran wird auch durch die in Ziff. 6 des Vertrags enthaltene Beſtimmung: es ſolle der Vertrag, „was ſeine Förmlichkeiten anlangt", wenn dieſe nach den hieſigen Geſetzen nicht hinreichend ſein ſollten, nach dem Geſetz des Staats New-Jerſey beurteilt und aufrecht erhalten werden — nichts geändert, da das die Form eines Rechtsgeſchäfts vorſchreibende Geſetz ſeinem Zweck nach dem Belieben der Beteiligten entzogen, durch dieſe alſo nicht willkürlich zu wählen iſt.

Der fragliche Trennungsvertrag erſcheint aber auch ſeinem Inhalt nach, ſoweit ſeine Beſtimmungen die dauernde Aufhebung jeder ehelichen Gemeinſchaft bezielen, ſomit gegen das Weſen der Ehe gerichtet ſind, als nichtig und ſind aus dieſem Grund auch die Beſtimmungen, welche die Beſeitigung der vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, insbeſondere auch die Aufhebung des Erbrechts der Ehegattin betreffen, von dieſer Nichtigkeit mit betroffen, da ſie mit jenen in untrennbarem Zuſammenhang ſtehen. Es kann deshalb dahingeſtellt bleiben, ob in der Wiedervereinigung der K.'ſchen Ehegatten eine ſtillſchweigende Wiederaufhebung jenes Vertrags zu finden ſei; keinesfalls ſteht er dem Anſpruch der Klägerin entgegen.

IV. Nach dem hienach unbeſchränkt zur Anwendung kommenden württemb. L.R., insbeſondere den Beſtimmungen IV, 7 § 4. 5. IV, 8 § 4. 8. IV, 9 § 4, käme an und für ſich der Klägerin der lebenslängliche Nießbrauch zu an dem ge-

samten Vatergut des Beklagten und ebenso nach L.R. IV, 9 § 3 [1]) an dem dem Beklagten als Erben seiner Schwester F. zugefallenen — lediglich in deren Vatergut bestehenden — Erbteil, wenn nicht nach der Bestimmung eben dieses L.R.'s, Teil IV, Tit. 11 § 2 dieser Nießbrauch — und zwar am Vater- wie am Schwestergut des Beklagten — von der Klägerin *verwirkt* wäre durch ihren unsittlichen Lebenswandel.

V. Die Einrede, daß der beanspruchte Nießbrauch von der Klägerin durch ihr unsittliches Leben verwirkt sei, ist begründet, weil schon aus den bisher festgestellten Thatsachen hervorgeht, daß die Klägerin ein „leichtfertiges, liederliches Leben" im Sinne des § 2 Titel 11 Teil IV. des württ. L.R.'s geführt hat.

Wenn man auch der Klägerin glauben will, daß sie mit Freely gültig verlobt gewesen und „unmittelbar vor der Heirat mit demselben gestanden", sowie, daß das im Lauf des Jahrs 1879 zu Kirchheim von der Klägerin geborene Kind von Freely erzeugt und von diesem als das seinige der Klägerin gegenüber anerkannt worden sei, und wenn auch anzuerkennen ist, daß der Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten in Sitte und Recht ungleich milder als der zwischen Nichtverlobten beurteilt wird, so kommt doch im vorliegenden Fall als für die Klägerin erschwerend einmal der Umstand in Betracht, daß (wie die Zeit der Geburt des Beklagten beweist) sie schon ihrem ersten Ehemann sich außerehelich hingegeben hatte, sowie, daß sie zur Zeit ihres Verkehrs mit F. kein unschuldiges junges Mädchen, sondern 27 Jahre alt, Wittwe und Mutter von drei lebenden Kindern gewesen ist, welch letzteren auch dann, wenn sie damals nicht bei der Mutter gelebt haben, dieser Umgang und seine Folgen nicht unbekannt geblieben sein können und als ein von der eigenen Mutter gegebenes böses Beispiel deren sittliche Erziehung gefährden mußte.

Hiezu kommt aber, daß, wie aus den Akten des Gemeinderats Stuttgart betr. die Entziehung des Erziehungsrechts der

1) Stein-Hohl, 6. A. § 249 zu Note 2.

Klägerin hervorgeht, die Klägerin auch sonst die Erziehung ihrer Kinder, auch die des Beklagten, offenbar vernachlässigt hat. Daß sie über die in dieser Beziehung gegen sie vorgebrachten Thatsachen „nicht gehört" worden sei, kann die Klägerin jedenfalls jetzt — im Prozesse — nicht mehr sagen, nachdem sie hier zur Verteidigung gegen dieselben ausreichend Gelegenheit gehabt, diese auch benützt hat. Es ist ihr aber nicht gelungen die ihr gemachten Vorwürfe vollständig zu widerlegen.

Auch wenn man der Klägerin glauben will, daß sie infolge der durch die Bezahlung ihrer Bürgschaftsschuld für ihren Geschäftsführer W. bewirkten Erschütterung ihres Kredits und der Notwendigkeit, ihr Kohlengeschäft in Frankfurt a. M. zu liquidieren, sich veranlaßt gesehen habe, die Einladung zum Besuch ihrer Mutter und ihrer Geschwister in Pittsburg anzunehmen, schon im Hinblick auf die ihr hierdurch gebotene Unterkunft, so ist hiedurch (auch dann, wenn man eine damalige dringende Geldverlegenheit der Klägerin unterstellt) doch nicht gerechtfertigt, daß sie ihre drei, der Ueberwachung ihrer Erziehung noch dringend bedürftigen Kinder (im Alter von 12 und 9 Jahren) vom Herbst 1882 bis zu ihrer zweiten Trauung mit P. (15. Juli 1885) nahezu 3 Jahre lang im Stich gelassen und die Sorge für deren Erziehung ihrem Pfleger bezw. den betreffenden Anstalten überlassen hat; die Klägerin hat insbesondere nicht dargethan, daß und warum eine so lange Entfernung von ihren Kindern geboten gewesen sei, und daß sie von ihren Angehörigen nicht auch auf andere Weise, als mittels eines besuchsweisen Aufenthalts bei ihnen, eine pekuniäre Unterstützung und Erleichterung ihrer Lage hätte finden können.

Klägerin hat von ihrem Ehemann K. im Jahr 1875 31 952 M., von ihrer Tochter F. ein Jahr darauf 15 250 M., zusammen 47 252 M. ererbt, und dazu noch die Nutznießung aus dem Vatergut ihrer (vier, später) drei Kinder bezogen, welche bei dem Beklagten allein, über Abzug des für ihn gemachten Aufwands und der Verwaltungskosten, nach Ausweis der Abstands-Pflegrechnung von November 1891 für ein Jahr

und 4½ Monate zusammen 2810 M. betragen hat, und aus dem Vatergut aller vier Kinder zusammen von ursprünglich 253 830 M. bei einem nur 3 prozentigen Reinertrag dieses Vermögens jährlich über 7600 M. und über Abzug eines auf die 3 lebenden Kinder zu machenden Erziehungsaufwands von durchschnittlich etwa je 1000 M. noch rund 4000 M. jährlich betragen haben wird. Angesichts dieser Thatsachen wäre bei Unterstellung eines angemessenen Lebensaufwands der Klägerin und einer ordentlichen Wirtschaftsführung derselben nicht — auch nicht bei Berücksichtigung der sämtlichen von ihr aufgeführten Verluste und Aufopferungen — zu erklären, wie sie damals — Herbst 1882 — nicht bloß ihren Erbteil von 47 252 M. aufgebraucht, sondern auch, trotz des Fortbezugs der Nutznießung aus dem Erbgut ihrer Kinder, sich gänzlich von Mitteln entblößt gesehen hat; vielmehr läßt dieser Umstand (trotz jener Aufführungen) auf ein leichtsinniges und verschwenderisches Leben schließen, welches dann dazu geführt hat, daß Klägerin den Aufwand für die Ernährung ihres unehelichen Kinds in Kirchheim zu bestreiten wegen Mangels an Mitteln außer Stand gewesen ist. Es bedarf deshalb eines Eingehens auf die weiteren für den Wandel der Klägerin angetretenen Beweise und Gegenbeweise nicht, vielmehr hat aus dem, was hierüber unbestritten feststeht, das Gericht die Ueberzeugung gewonnen, daß der Klägerin mit der Annahme, sie habe eines leichtfertigen Lebens im Sinne der fraglichen Landrechtsstelle sich schuldig gemacht, kein Unrecht geschehen ist.

VI. Wie das Landrecht sowohl den zeitlichen (adventizischen), als auch den lebenslänglichen elterlichen Nießbrauch mit dem Erziehungsrecht und der Erziehungspflicht in Verbindung gebracht, und geradezu als Entgelt für Unterhalt und Erziehung der Kinder bezeichnet hat (IV, 11 § 1: „als soll hiegegen solch nießend Ehegemächt" ꝛc. IV, 12 § 1: „gegen gebührlicher Zucht und Unterhaltung zu nießen hat" ꝛc.), so bezeichnet es auch (in IV, 11. § 2) die an des überlebenden Ehegatten „liederliches Leben, Uebelhausen und andere dergl. Ursachen" geknüpfte Verwirkung des Nießbrauchs als eine

Folge der aus jenen Umſtänden drohenden Gefahr „der Verſäumnis der Kinder Zucht“ und der hiemit bewieſenen „Unfähigkeit zur Zucht der Kinder und Adminiſtration ihrer Güter.“ Daraus folgt zwar, daß die Entziehung der Kinder und ihrer Güter aus der Gewalt eines ſo gearteten Elternteils im Sinne dieſes Geſetzes nur zugelaſſen iſt, wenn deſſen Lebenswandel eine Gefährdung auch der Zucht der Kinder, nicht bloß ihres Vermögens, herbeigeführt hat; es folgt aber nicht, was der Anwalt des Beklagten hieraus ableiten will, daß dieſe Gefahr zu der Zeit, wo ſolche Entziehung ſtattfinden ſoll, noch fortdauern müſſe. Der nächſtliegende Zweck des Geſetzes iſt es allerdings, eine Maßregel zum Schutze der Kinder, ihres ſittlichen und pekuniären Wohls, („zu ihrem Heil, Wohlfahrt und Nutzen“) an die Hand zu geben. Dieſer Zweck aber würde an ſich nur dazu führen, dem überlebenden Gatten mit den Kindern auch die Verwaltung ihres Erbteils, deſſen Nutznießung aber nur inſoweit zu entziehen, als dieſe zu ihrer Unterhaltung und Erziehung erforderlich iſt, alſo nicht ſchlechthin das Ganze des Nießbrauchs; inſofern alſo die angeordnete Verwirkung des ganzen Nießbrauchs über den gedachten Zweck der Anordnung hinausgeht, erſcheint ſie nicht bloß zum Vorteil der Kinder, ſondern überwiegend zum Nachteil des unwürdigen Elternteils, als Strafe ſeines unſittlichen Verhaltens, eingeführt, wie denn die Entziehung des Nießbrauchs, ſowohl in der Ueberſchrift als im Text des fraglichen Geſetzes als „Verwirkung“, „Verfallenſein“ bezeichnet wird. Auch ſoll dieſe Strafe — im Gegenſatz zu den im darauffolgenden § 3 beſtimmten Strafen der Verletzung des Trauerhalbjahrs, welche nur auf Antrag der Beteiligten eintreten ſollen — von Amtswegen verhängt werden (durch die Vormundſchaftsbehörde „vermöge Unſerer Pupillenordnung“, nur im Streitfall alſo „durch Unſere Amtleut und Gericht“.) Dieſe beiden Umſtände rechtfertigen die Auslegung des Geſetzes, daß im Sinne desſelben die Strafe verfallen, alſo der Nießbrauch verwirkt iſt, ſobald das „leichtfertige, liederliche Leben“ des Ueberlebenden eine Gefährdung der Kinderzucht begründet hat,

einerlei, in welchem Zeitpunkt, ob alsbald oder später, die Strafe erfolgt, der Eintritt ihrer Voraussetzungen festgestellt und deren Folge verhängt, nämlich die Entziehung des Nießbrauchs ausgesprochen wird, auch wenn in diesem Zeitpunkt die weitere Folge: der Verlust des Erziehungsrechts (die „Entziehung der Kinder"), aus dem Grund, weil diese der elterlichen Zucht inzwischen entwachsen sind, nicht mehr ausgesprochen werden kann.

Es ist aber so eben gezeigt worden, daß der leichtfertige Wandel der Klägerin eine Gefährdung der Erziehung ihrer Kinder wirklich herbeigeführt hat; mit dem Eintritt dieser Thatsache war auch das Recht der Klägerin auf den Nießbrauch verwirkt, und hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß jetzt, wo diese Verwirkung gerichtlich geltend gemacht wird, die andere Folge jener Thatsache: die Entziehung des Erziehungsrechts dem inzwischen volljährig und selbständig gewordenen Beklagten gegenüber gegenstandslos geworden ist.

VII. Klägerin hat nun aber durch ihren Wandel nicht bloß den am Vatergut, sondern auch den am Schwestergut des Beklagten von ihr angesprochenen Nießbrauch verwirkt. Denn da nach der Bestimmung des L.R. IV, 9 § 3 der dem überlebenden Gatten am Erbgut eines gemeinschaftlichen Kinds zustehende lebenslängliche Nießbrauch ungeachtet des Tods und der Beerbung des Kinds unverändert fortdauert, ist die Annahme gerechtfertigt, daß nach dem Sinn dieses Gesetzes das an solchem Erbteil bestehende Nutznießungsrechtsverhältnis durch die angeführten Vorgänge überhaupt keine Veränderung erleiden, also auch den gesetzlichen Verlustgründen desselben nach wie vor unterworfen bleiben soll, so als ob ein Wechsel in der Person des Eigentümers (des Hinterfallserben) nicht eingetreten wäre.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 19. Mai 1893 i. S. Prak g. Kolb.

Die gegen das Urteil eingelegte Revision der Klägerin ist vom Reichsgericht zurückgewiesen worden.

41.

Zu Art. 280 H.GB., Schweigen als Willenserklärung.

Der Kläger stand eine Reihe von Jahren hindurch mit dem verstorbenen Ehemanne der Beklagten in Geschäftsverbindung. Letzterer hinterließ bei seinem Tod im August 1890 als Erben die Beklagte und mehrere Kinder, darunter den Sohn Eduard. Dieser verkehrte schon im September und Dezember 1890 unter seinem Namen mit dem Beisatz: „Sohn des M. W. v. G." geschäftlich mit dem Kläger. Im Januar 1890 gab Eduard Wagner von Straßburg i. E. aus, wo er im gleichen Monat ein Geschäft eröffnet hatte, dem Kläger eine größere Bestellung auf Sämereien auf. Nachdem hierauf der Kläger sich bei dem Besteller brieflich nach dessen Vermögensverhältnissen erkundigt hatte, schrieb ihm dieser am 23. Januar 1891: „Antwortlich Ihrer Anfrage vom 21. d. M. teile ich Ihnen mit, daß ich der Sohn von M. Wagner-Kemmler, Wittwe bin, von Gönningen und das Geschäft ich, meine jüngeren Geschwister und meine Mutter zusammen fortführen. Ich hätte die Sämereien auf meiner Mutter Namen bestellt, aber es sieht so eigentlich aus, wenn an eine Frau die Korrespondenz und Waren kommen. Ich habe erst seit einigen Tagen hier in Straßburg ein Geschäft eröffnet, resp. Filiale. — Also Irrtum kanns nicht geben."

Hierauf lieferte der Kläger dem Eduard Wagner die bestellten Waren; seine Forderung hiefür betrug 328 M. 60 Pf.

Am 26. Januar 1891 teilte der Kläger das Schreiben des Eduard Wagner der Beklagten abschriftlich mit und schrieb ihr zugleich: .... „Ich habe mir daraus bemerkt, daß derselbe (Eduard Wagner) das Geschäft Ihres verstorbenen Gatten in Ihrem, sowie seiner Geschwister Namen, also der Erben des Herrn Mich. Wagner, weiterführt. Meine letzte Anfrage ist dadurch erledigt und ich möchte nur meine angenehme Empfindung darüber aussprechen, daß es mir vergönnt ist, mit Ihnen noch weiter geschäftlich zu verkehren; möge das noch recht lange in ungetrübter Weise der Fall sein."

Am 14. Juli 1891 schrieb der Kläger der Beklagten unter Beifügung einer Aufstellung, daß er über sein noch unbezahltes Guthaben von 328 M. 60 Pf. ihr am 1. August 1890 einen Postauftrag präsentieren lassen wolle, wofern sie nicht vorziehe, bis zum 24. Juli den Betrag einzusenden.

Die Beklagte richtete ein Schreiben d. d. 21. Juli 1891, an den Kläger, welches lautet: „In Bezugnahme auf Ihre Mitteilung vom 14. Juli ist mir leid, den Betrag auf besagte Zeit nicht zahlen zu können, indem mein Sohn Eduard in Holland im Blumenzwiebel-Einkauf ist, und zu dem großen Quantum, wo er braucht, viel Geld erforderlich ist; ich werde Ihnen den Betrag bis 1. Oktober unbedingt zusenden, kann auch schon bälder sein.

Achtungsvoll
Wwe. Wagner."

Am 22. September 1891 wurden die 328 M. 60 Pfg. durch Eduard Wagner mittels Postanweisung an den Kläger bezahlt.

In der Zeit vom 3. Januar bis 21. April 1892 hat der Kläger dem Eduard Wagner, je auf Grund seiner Bestellungen, verschiedene Sämereien in acht Posten zum Gesamtpreise von 1331 M. 34 Pf. übersendet; der Besteller hat dieselben unbeanstandet angenommen, am Kaufpreis aber nichts bezahlt.

Eduard W. geriet in Konkurs; Kläger verlangte, soweit er in diesem Konkurs keine Befriedigung erhielt, von der Wittwe W. Bezahlung der an Eduard W. gesandten Sämereien. Diese bestritt ihre Zahlungspflicht, weil sie in keiner Weise am Geschäft des Eduard W. beteiligt gewesen sei und die wahrheitswidrigen Behauptungen des Eduard W., worin er eine solche Beteiligung der Beklagten behauptet habe, ihre Haftbarkeit nicht begründen können. Sie wurde aber in beiden Instanzen dem Klagantrag entsprechend verurteilt, in zweiter Instanz aus folgenden

Gründen:

1. Es ist von der Beklagten zugegeben, daß ihr Sohn Eduard Wagner am 23. Januar 1891 auf eine Anfrage des

Klägers an dieſen den Brief vom genannten Tag gerichtet hat, und daß die Beklagte von dem Kläger den Brief vom 26. Januar 1891 erhalten hat, welchem eine Abſchrift des Briefs vom 23. Januar 1891 beilag. Hätte die Beklagte dem Kläger auf dieſe Mitteilungen erwidert, das, was ihr Sohn dem Kläger in dem Brief vom 23. Januar 1891 ſchreibe, und was ſich Kläger nach dem Schreiben vom 26. Januar aus dieſem Brief bemerkt habe, ſei richtig, ſo hätte damit die Beklagte dem Kläger gegenüber die Erklärung abgegeben, ſie, die Beklagte, ihr Sohn Eduard Wagner und ihre jüngeren Kinder führen das väterliche Geſchäft als Geſellſchafter weiter, der Sohn Eduard ſei befugt, das Geſchäft namens und für Rechnung der Geſellſchafter zu führen; derſelbe werde die Beſtellungen für die Geſellſchaft unter ſeinem Namen machen und er habe für dieſe eine Filiale in Straßburg errichtet. Der Inhalt dieſer Erklärung konnte nicht zweifelhaft ſein. Zunächſt war unter dem Geſchäft das Samengeſchäft gemeint, das bisher der verſtorbene Ehemann der Beklagten geführt hatte und das mit dem Kläger ſchon früher in Geſchäftsverbindung geſtanden war. Es iſt auch nicht geltend gemacht, daß Eduard Wagner Beſtellungen gemacht habe, die außerhalb „des Geſchäfts“ gefallen wären. Sodann iſt deutlich ausgeſprochen, daß die Beklagte und ihre Kinder das Geſchäft als Geſellſchafter führen, denn es heißt in dem Brief vom 23. Januar „daß das Geſchäft ich, meine jüngeren Geſchwiſter und meine Mutter zuſammen fortführen.“ Hiedurch iſt das Geſellſchaftsverhältnis ausgedrückt. Es iſt zwar richtig, daß aus der Thatſache allein, daß ein Geſchäft von den Erben fortbetrieben wird, noch nicht auf die Eingehung einer Handelsgeſellſchaft unter denſelben geſchloſſen werden kann, denn dieſes Fortführen kann auch auf der durch den Erbgang herbeigeführten Gemeinſchaft und der notwendigen Auseinanderſetzung der Erbſchaft beruhen. Wenn aber ausdrücklich ausgeſprochen wird, die Erben führen das Geſchäft zuſammen fort, ſie betreiben alſo dasſelbe nicht bloß inſolange, bis die erbſchaftliche Liquidation beendet ſei, ſondern unbeſchränkt weiter, erſt ſeit

einigen Tagen ſei eine Filiale für das Geſchäft in Straßburg errichtet worden, ſo iſt damit geſagt, daß die Erben eine Geſellſchaft zu Fortführung des Geſchäfts eingegangen haben und daß ſie dasſelbe als Geſellſchafter weiter führen.

Da auch keine zeitliche Beſchränkung beigefügt iſt, ſo iſt damit ausgedrückt, daß die Geſellſchaft inſolange gemeinſchaftlich fortgeführt werde, bis ein Geſellſchafter austrete oder die Geſellſchaft aufgelöſt werde. Es liegt alſo weder eine Beſchränkung auf ein einzelnes Geſchäft noch einzelne Geſchäfte vor, ſondern die Geſellſchaft bezieht ſich auf alle zum Betrieb des Geſchäfts erforderlichen Ein- und Verkäufe, und daß auch Kläger von dieſer Annahme ausgehe, dem hat er damit Ausdruck gegeben, daß er ſagt, er möchte ſeine angenehme Empfindung darüber ausſprechen, daß es ihm vergönnt ſei, mit der Beklagten noch weiter geſchäftlich zu verkehren; möge dies noch recht lang in ungetrübter Weiſe der Fall ſein.

Nicht minder deutlich ergibt ſich aus jener Mitteilung, daß der Geſellſchafter E. Wagner mit der Geſchäftsführung für die Geſellſchaft beauftragt ſei, und daß er die Geſchäfte für die Geſellſchaft unter ſeinem Namen abſchließe; denn es führt Ed. Wagner in dem Brief vom 23. Januar an, daß er die Beſtellungen für die Geſellſchaft mache, und daß er die Waren auf ſeinen Namen beſtellen und die Korreſpondenz unter ſeinem Namen führen wolle, weil es ſo eigentümlich ausſehe, wenn an eine Frau Korreſpondenz und Waren kommen. Auch in dem Brief des Klägers vom 26. Januar 1891 heißt es, er habe aus dem Brief des Eduard Wagner entnommen, daß dieſer das Geſchäft des verſtorbenen Michael Wagner im Namen der Beklagten und der Geſchwiſter führe. Dieſer Ermächtigung zur Geſchäftsführung iſt ebenfalls eine zeitliche Schranke nicht beigefügt.

2. Nun hat die Beklagte allerdings auf den Brief des Klägers vom 26. Januar 1891 nicht geantwortet, und es gilt der Regel nach der Grundſatz, daß aus dem Schweigen noch keine Zuſtimmung abgeleitet werden könne. Der Handelsgebrauch geht zwar dahin, daß thatſächlich im Geſchäftsverkehr

vornämlich unter Kaufleuten und bei Gelegenheit eines ſchon beſtehenden Vertragsverhältniſſes auf Mitteilungen und Anfragen, ſoweit ſolche dazu Anlaß geben, alsbaldige Erklärung zu erfolgen pflegt, allein eine Rechtspflicht hiezu beſteht nur unter beſonderen Umſtänden, falls nämlich die Unterlaſſung der Erklärung als Verletzung der im Handelsverkehr notwendigen Beobachtung von Treu und Glauben erſcheinen würde, insbeſondere dann, wenn dem Schweigen offenſichtlich die Abſicht einer argliſtigen Täuſchung und die Abſicht unterliegen würde, den Gegenteil zu einer ihm nachteiligen Unthätigkeit oder Handeln zu veranlaſſen.

Solche Umſtände aber ſind vorhanden.

Es darf angenommen werden, daß eine Geſchäftsverbindung zwiſchen der Beklagten und dem Kläger beſtand. Es iſt unbeſtritten, daß der Kläger eine Reihe von Jahren mit dem verſtorbenen Ehemann der Beklagten in Geſchäftsverkehr geſtanden iſt. Nach dem am 23. Auguſt 1890 erfolgten Tode des letzteren traten die Beklagte und ihre Kinder die Erbſchaft an und es wurde die Witwe im Beſitz und Verwaltung des vorhandenen Vermögens gelaſſen. Die Beklagte ſagt ſelbſt, ſie ſei eine Handelsfrau, und ſie betreibt den Samenhandel fort, wie denn auch in der Klagbeantwortung angeführt wird, ſie führe das Geſchäft ihres verſtorbenen Ehemanns weiter. Es hat auch der Sohn der Beklagten Ed. Wagner am 5. September, alſo nach dem Tode des Michael Wagner, wie der als ächt anerkannte Brief vom 5. September 1890 zeigt, wegen eines Nachlaſſes am Kaufpreis für eine Warenſendung reklamiert und dieſen Brief unterzeichnet, „pour Michael Wagner-Kemler, Eduard Wagner Sohn", demgemäß alſo für ſeine Mutter gehandelt. In gleicher Weiſe iſt in dem ebenfalls als ächt anerkannten Schreiben vom 11. Dezember 1890 geſagt, „anbei überſende ich Ihnen, wie Ihnen meine Frau Mutter verſprochen, einen kleinen Auftrag." Für die Annahme, daß Ed. Wagner auch in dieſen Briefen Unwahres vorgebracht habe, liegt nichts vor. Schon durch dieſe Geſchäftsverbindung war die Beklagte aufgefordert, dem Kläger

Auskunft zu geben, als Ed. Wagner ein Geſchäft in Straßburg errichtete, von da aus Waren beim Kläger beſtellte und dieſer nun von der Beklagten wiſſen wollte, ob auch dieſes Geſchäft für die Beklagte geführt werde.

Es entnahm aber auch die Beklagte aus den Mitteilungen des Klägers, daß Eduard Wagner ſie auch hinſichtlich dieſes Geſchäfts als Geſellſchafterin und ſich als geſchäftsführenden Geſellſchafter ausgebe, und es lag klar zu Tage, daß er dies nur that, um den Kläger zur Abgabe der Waren zu beſtimmen, alſo um Kredit zu erhalten. Ebenſo ergab ſich aus jenen Mitteilungen, daß der Kläger nur unter der Vorausſetzung der Richtigkeit der Angabe des Eduard Wagner dieſem kreditieren wolle, daß er die Beklagte hienach als mithaftbar betrachte und daß es einer Antwort nicht bedürfe, wenn die Angaben ihres Sohnes richtig ſeien. Die Beklagte wußte alſo, daß, wenn dieſe Angaben nicht richtig waren, der Kläger durch Ed. Wagner in einen Irrtum verſetzt war, daß er durch ihr Schweigen in dieſem Irrtum beſtärkt werde und daß derſelbe demgemäß handeln und dem Ed. Wagner auf ſeine Beſtellungen Waren überſenden werde.

Ohne irgend in Betracht kommenden Koſtenaufwand, ohne Beläſtigung oder Nachteil ihrerſeits konnte die Beklagte den Kläger über ſeinen Irrtum aufklären, während ſie wußte, daß der Kläger durch ein Schweigen ihrerſeits in erheblichen Nachteil kommen könne. Sie führt auch keinen triftigen Grund an, warum ſie nicht geantwortet hat. Die Sache liegt auch nicht ſo, als ob ſich der Kläger nur an einen dritten Unbeteiligten um Auskunft über die Kreditwürdigkeit des Ed. Wagner gewendet hätte, denn die Beklagte hatte ein eigenes Intereſſe, zu verhindern, daß ſich ihr Sohn Ed. Wagner eines Betrugs ſchuldig mache, es mußte ihr daran liegen, daß ihr Name nicht mißbraucht werde und daß ſie nicht ſelbſt durch die Handlungsweiſe ihres Sohnes in Verlegenheit komme. Klärte die Beklagte dennoch den Kläger über ſeinen Irrtum nicht auf, ſo iſt die Annahme begründet, daß ſie auf dieſe Weiſe einem ihrer Familienangehörigen auf Koſten des Klägers Kredit ver-

ſchaffen wollte; ſie haftet dem Kläger aus dieſem argliſtigen Verſchweigen der ihr bekannten Thatſachen und ſie hat ſich ſo behandeln zu laſſen, als ſei das dem Kläger von Ed. Wagner Mitgeteilte wahr [1]).

Schon dies genügt. Hiezu kommt, daß die Beklagte auf den Brief des Klägers vom 14. Juli 1891, in welchem dieſer ſagt, er habe bei der Beklagten ein Guthaben von 328 M. 60 Pfg., erwidert hat, es ſei ihr leid, auf den 1. Auguſt nicht zahlen zu können, ſie werde den Betrag dem Kläger bis 1. Oktober zuſenden.

Die Bedeutung dieſes Briefs iſt nicht die, daß die Beklagte dem Kläger 328 M. 60 Pfg. ſchuldig zu ſein bekannt hat, ſondern es liegt darin die Beſtätigung ihrerſeits der von Eduard Wagner gemachten Angaben, indem ſie zu zahlen verſpricht, während Eduard Wagner die Waren beſtellt und erhalten hat.

Auch hier iſt dieſer als Geſchäftsführer der Beklagten hingeſtellt, indem die Entſchuldigung dahin zu verſtehen iſt, ſie könne ihre Schuld nicht zahlen, weil ſie ihr Geld zum Blumenzwiebel-Einkauf brauche, zu deſſen Beſorgung ihr Sohn in Holland ſei.

3. Es kann dahin geſtellt bleiben, ob eine Handelsgeſellſchaft zwiſchen der Beklagten und Eduard Wagner beſtand und welcher Art dieſe war; ebenſo ob Jemand, der ſich als Geſellſchafter eines Andern bezeichnet, ſich als ſolcher behandeln laſſen muß, auch wenn er es nicht iſt [2]), ferner, ob der A. 269 Abſ. 2 H.G.B. nicht bloß dann gilt, wenn es ſich um eine Gelegenheitsgeſellſchaft zu einzelnen Geſchäften handelt, ſondern auch dann, wenn eine derartige Geſellſchaft eingegangen iſt zum Handelsbetrieb, alſo eine Vielheit ſolcher auf gemeinſchaftliche Rechnung geſchloſſener Handelsgeſchäfte in Frage ſteht [3]), denn die Beklagte haftet dem Kläger aus den ihr zuzurechnenden Erklärungen in Gemäßheit des A. 280 H.G.B.,

1) l. 2 Cod. 8, 16.

2) S. R.G. Bd. 29 S. 179; R.O.H.G. Bd. 13 S. 375; Bd. 24 S. 320.

3) ReichsG. B. 9 S. 79, Hahn, Komment. zu A. 10 H.G.B. § 6.

wonach, wenn zwei oder mehrere Personen einem Andern gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen haben, dieselben als Solidarschuldner zu betrachten sind, soweit sich nicht aus der Uebereinkunft das Gegenteil ergibt.

Die Geschäfte, welche der Sohn der Beklagten mit dem Kläger abgeschlossen hat, und aus denen die Beklagte in Anspruch genommen wird, nämlich der Ankauf von Sämereien zum Wiederverkauf, sind auf Seiten der Käufer absolute Handelsgeschäfte (A. 271 Ziff. 1 H.G.B.).

In diesen Geschäften hat die Beklagte gemeinsam mit Eduard Wagner gegenüber von dem Kläger eine Verpflichtung eingegangen und zwar die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises. Gemeinschaftliche Eingehung einer Verbindlichkeit setzt nicht ein Selbstthätigwerden des Einzelnen voraus, sondern nur, daß befugterweise in seinem Namen gehandelt worden sei [1]).

Befugterweise aber hat Eduard Wagner zugleich für die Beklagte mit dem Kläger kontrahiert, denn dieselbe hat den Eduard Wagner als ihren Gesellschafter, und zwar als den geschäftsführenden Gesellschafter, dem Kläger bezeichnet und darin liegt eine Bevollmächtigung des Ed. Wagner durch die Beklagte, auch für sie Geschäfte mit dem Kläger abzuschließen. Der bevollmächtigte Ed. Wagner hat die Geschäfte auch namens der Beklagten abgeschlossen, denn er hat dem Kläger mitgeteilt, daß er die Geschäfte für die Gesellschaft führe und unter seinem Namen nur deshalb bestelle, weil es so eigentümlich aussehe, wenn die Korrespondenz und Waren an eine Frau kommen. Demgemäß konnte der Kläger auch die Waren an den geschäftsführenden Gesellschafter liefern und es bedurfte nicht einer Benachrichtigung der Beklagten von den einzelnen Geschäften.

Ueberdies liegt in der Bezeichnung des Eduard Wagner als ihres geschäftsführenden Gesellschafters durch die Beklagte gegenüber von dem Kläger, welche ja nur zum Zweck des

1) Hahn, Komment. I. S. 400. A. 112 § 1.

Eintritts in eine Geschäftsverbindung und behufs des Geschäftemachens erfolgt ist, der Auftrag, das Geheiß an den Kläger, mit dem Eduard Wagner als ihrem Bevollmächtigten zu kontrahieren, in gleicher Weise, wie in der Aufstellung eines Institor das Geheiß an jeden Dritten liegt, mit dem Institor Geschäfte zu machen. Aus dem Auftrag an einen Dritten, mit einem Andern zu kontrahieren, haftet der Auftraggeber, weil er so angesehen wird, als habe er selbst mit dem Dritten kontrahiert.

Hiebei kommt es auch nicht darauf an, ob das zwischen dem Beauftragten — dem Dritten — und seinem Mitkontrahenten abgeschlossene Geschäft materiell den Auftraggeber angeht, oder ob das Geschäft nur im Interesse des Mitkontrahenten abgeschlossen ist und deshalb ist es auch gleichgültig, ob der Grund, aus welchem der Auftraggeber den Dritten anweist, mit einem Andern zu kontrahieren, wahr ist oder nicht, ob es also wahr war, daß Eduard Wagner der geschäftsführende Gesellschafter der Beklagten war, oder ob die Beklagte dem Ed. Wagner auf diese Weise nur Kredit verschaffen wollte.

Die Beklagte haftet daher dem Kläger als Solidarschuldnerin für die von Ed. Wagner bezogenen Waren.

Urteil des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 2. Januar 1893 i. S. Wagner gegen Mette.

42.

Liegt ein Vermögensnachteil im Sinne des § 3 Ziff. 2 des Haftpflichtgesetzes für einen Verletzten vor, der trotz verminderter Arbeitsfähigkeit denselben Lohn bezieht, wie vor der Verletzung?

Der Bierführer A. H. ist bei einem Eisenbahnunfall verunglückt; die klagende Berufsgenossenschaft hat ihm in der Zeit vom 28. Januar bis 22. Juli 1892 — vom Ablauf der dreizehnten Woche nach der Verletzung bis zu seinem Tod 128 M. an Unfallrente ausbezahlt, obwohl H. — trotz angeblich verminderter Arbeitsfähigkeit — von seinem Dienstherrn während

dieser Zeit denselben Lohn und dieselben Nebenbezüge wie vor dem Unfall erhalten hatte. Die auf das Haftpflichtgesetz gestützte Klage der Berufsgenossenschaft gegen die Staatsfinanzverwaltung auf Ersatz jener 128 M. ist in beiden Instanzen abgewiesen worden, in zweiter Instanz aus folgenden

Gründen:

Die Beklagte erhebt gegen die klägerische Forderung den Einwand, der Verletzte habe keinen Vermögensschaden erlitten, er habe daher keinen Anspruch auf Schadensersatz; ein solcher Anspruch sei also auch nicht auf die Klägerin übergegangen.

Diesen Einwand will die Klägerin damit beseitigen, daß sie geltend macht, die Thatsache, daß der Verletzte bei seinem Dienstherrn denselben Lohn weiter bezogen habe, sei unerheblich. Der Schaden sei objektiv nach der Verminderung der Erwerbsfähigkeit zu schätzen. Solch' zufällige Umstände, ob der Verletzte gerade denselben Lohn zeitweise weiter beziehe, seien nicht zu berücksichtigen.

Unter Umständen ist diese Ausführung richtig; sie trifft aber im vorliegenden Fall nicht zu.

Nach § 3 Ziff. 2 des Haftpflichtgesetzes ist der Schadensersatz zu leisten im Fall der Körperverletzung durch Ersatz der Heilungskosten und des Vermögensnachteils, welchen der Verletzte durch eine infolge der Verletzung eingetretene zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet. Es soll also der Vermögensnachteil ersetzt werden und es folgt hieraus, daß, wenn zwar eine Verminderung der Arbeitsfähigkeit durch die Verletzung eingetreten, hiedurch aber ein Vermögensnachteil nicht entstanden ist, ein Ersatzanspruch nicht erhoben werden kann. Die Erwerbsfähigkeit setzt sich zusammen aus der Arbeitsfähigkeit und der Erwerbsmöglichkeit. Nicht die verminderte Arbeitsfähigkeit, sondern die verminderte Erwerbsfähigkeit berechtigt zum Schadensersatz; ist trotz der verminderten Arbeitsfähigkeit die Erwerbsgelegenheit und der Verdienst der gleiche geblieben, so ist kein Vermögensschaden vorhanden und kein Schadensersatz begründet.

Soll die Rente für den Verletzten bestimmt werden, so hat nach § 7 des Haftpflichtgesetzes das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen darüber zu erkennen, und es sind hiebei der gegenwärtige Zustand sowie diejenigen Verhältnisse zu berücksichtigen, welche sich dermalen übersehen lassen, während die Berücksichtigung wesentlicher Aenderungen, welche auf die Rente Einfluß haben, späterem Verfahren vorbehalten bleibt.

Steht nun die Verminderung der Arbeitsfähigkeit durch eine bleibende Verstümmelung oder eine Beschädigung für immer oder auf lange Zeit fest, so ergibt sich die Notwendigkeit, den Ersatz für die Verminderung der Erwerbsfähigkeit nach der Wahrscheinlichkeit zu schätzen, mit welcher der Verletzte in der Zukunft mit seiner verminderten Arbeitsfähigkeit Arbeit zu finden hoffen kann, und nach der Höhe des zu findenden Verdienstes. Regelmäßig wird anzunehmen sein, daß der in seiner Arbeitsfähigkeit beschränkte Arbeiter auch schwerer eine Arbeitsgelegenheit finden wird, als ein völlig arbeitsfähiger. Er wird einen geringeren Lohn erhalten und zeitweise außer Arbeit sein. Die Verminderung der Erwerbsfähigkeit wird der Verminderung der Arbeitsfähigkeit entsprechen.

In derartigen Fällen ist der Ersatz nach dem Durchschnitt des zu verdienenden Lohns zu bemessen, und es wäre unrichtig, eine Rente nicht zu gewähren, oder dieselbe zu entziehen, wenn der Arbeiter zeitweise eine Arbeitsgelegenheit findet, durch welche er ebensoviel verdient wie früher, weil anzunehmen ist, daß er zu andern Zeiten einen geringeren oder keinen Verdienst beziehen wird. Es kann aus dem Umstand, daß der Verletzte einen gleich hohen Lohn bezieht, kein Einwand gegen die Gewährung einer Rente abgeleitet werden, weil jener Umstand in der Schätzung schon berücksichtigt ist [1]).

---

1) Zu vergl. Entsch. d. Reichsg. v. 16. Oktober 1891 in den amtl. Nachr. des Reichs-Vers.Amts v. 1892 Bd. 8 S. 258 Ziff. 5; ferner die Urteile bei Gruchot B. 29 S. 414, Bolze B. 6 Nr. 269. Bd. 1 S. 130 Nr. 606. Eger, Entsch. in Eisenbahnsachen B. 4. S. 12 bei Busch, Archiv N. F. Bd. 3 S. 405.

Diese Schätzung aber kann nicht Platz greifen, wenn die Beschädigung voraussichtlich vorübergehender Natur und von kurzer Dauer ist, wenn feststeht oder wahrscheinlich ist, daß die Arbeitsgelegenheit, durch welche der Arbeiter den gleichen Lohn erhält wie früher, ebensolange dauern wird, wie die Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit. Hat der Verletzte dieselbe oder eine noch höhere Einnahme gehabt, so ist demselben durch die Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit noch kein Schaden erwachsen und es fehlt an dem Beweis des Vermögensnachteils, wozu anzufügen ist, daß der Arbeiter eine ihm angebotene, seinen ihm verbliebenen Kräften und seinen Fähigkeiten angemessene Arbeit anzunehmen hat, wenn sie auch nicht gleicher Art ist wie die frühere. Verliert der Arbeiter die bisherige Arbeitsgelegenheit, hört sein Verdienst auf oder vermindert sich derselbe, so ist das Aufhören der Arbeitsgelegenheit nach § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes geltend zu machen [1]).

Die Gewährung eines die zugesprochene Rente übersteigenden oder ihr gleichkommenden Lohns schließt also die Zusprechung der Rente nicht aus; allein ob aus der Verringerung der Arbeitsfähigkeit ein Vermögensnachteil entstanden ist, ist Thatfrage und nach den Umständen des Falls zu entscheiden [2]).

Hat demgemäß der Verletzte bei seinem Dienstherrn auch nach der Verletzung durch Verwendung der ihm verbliebenen Arbeitskraft, wenn auch in anderer Form und durch Verrichtung leichterer Arbeiten, denselben Lohn verdient wie zuvor, so hat er durch Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit keinen Schaden erlitten. Er konnte auch nicht etwa aus dem Grunde Ersatz verlangen, weil die Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit vielleicht länger dauern werde, als die vorhandene ihm den gleichen Lohn sichernde Arbeitsgelegenheit; denn ob dieser

1) Zu vergl. Entsch. des ReichsG. v. 20. März 1888, Eger, Entsch. in Eisenbahnsachen B. 6 S. 269 Nr. 183, ferner ReichsG. bei Gruchot B. 27 S. 1021. Seuffert A. Bd. 36 S. 58, Bd. 39 S. 33 Nr. 20. Eger l. c. B. 6 S. 329 Nr. 218. Seuffert A. B. 39. S. 169.

2) Zu vergl. ReichsG. bei Eger l. c. Bd. 6 S. 243 Nr. 159.

Fall eingetreten wäre, ist ganz unsicher und es wäre dem Verletzten der Weg des § 7 cit. offen geblieben.

Die Klägerin behauptet aber weiter, wenn der Arbeitgeber dem Verletzten denselben Lohn trotz verminderter Erwerbsfähigkeit weiter bezahle, so sei dies auf Seiten des Verletzten ein günstiger Umstand, der ihm allein zukomme, auf Seiten des Arbeitgebers aber eine Liberalität, eine freiwillige Zuwendung an den im eigenen Betrieb verunglückten Arbeiter. Der Arbeitgeber habe human und arbeiterfreundlich gehandelt, wenn er dem Verletzten als Zeichen seiner persönlichen Fürsorge den alten Lohn fortgewährt habe.

Es mag sein, daß, wenn dem Verletzten von seinem Arbeitgeber ein Teil des Lohns als Geschenk zugewendet wird, der aus der Verletzung auf Ersatz Haftende kein Recht darauf hätte, daß dies in die Rente eingerechnet werde.

Allein es ist nicht bestritten, daß der Verletzte seine Bezüge erhalten hat als Lohn: es wird nicht geltend gemacht, daß demselben gesagt worden sei, einen Teil erhalte er als Lohn, einen Teil als Geschenk. Da auch zunächst davon auszugehen ist, der Dienstherr werde an Lohn nicht mehr bezahlt haben, als er schuldig war, so wäre es Sache des Verletzten gewesen und ist demgemäß Obliegenheit der Klägerin, darzulegen, daß seitens des Dienstherrn eine Liberalität vorliege.

Es fehlt aber an der nötigen thatsächlichen Begründung für die Behauptung einer Freigebigkeit. Es wird nicht geltend gemacht, die Dienste, welche der Verletzte geleistet habe, seien gegenüber den früheren Diensten und gegenüber dem gezahlten Lohn minderwertig gewesen, und es wird insbesondere nicht gesagt, in welchem Grade, wieviel an Lohn gezahlt worden sei, und wieviel aus Liberalität. Wenn die Dienste des Verletzten nicht weniger wert waren, kann von einer Freigebigkeit auf Seiten des Dienstherrn nicht die Rede sein.

Daraus, daß die Arbeitsfähigkeit des Verletzten nach dem ärztlichen Zeugnis um 40 Prozent gemindert war, folgt noch nicht, daß auch seine Arbeitsleistung eine verhältnismäßig geringere war. Das Zeugnis des Dr. B. vom 25. Januar 1892

besagt, daß H. stärkere Lasten nicht mehr, wie früher, heben und tragen könne, in der gewöhnlichen Tagesarbeit sei derselbe nicht mehr behindert. Hat ihm sein Arbeitgeber solche Arbeit zugewiesen, wobei er keine stärkeren Lasten zu heben und zu tragen hatte (wozu es in einem größeren Geschäft wohl Gelegenheit gibt), so konnte er ebensoviel leisten, wie zuvor, nur in anderer Art, und er hat sich dann seinen Lohn verdient. Zwar hat die Beklagte zugegeben, daß die angenommene Erwerbsunfähigkeit von 40% bis zum 2. Juni 1892 bestanden habe; allein damit wollte die Beklagte, wie ihr sonstiges Vorbringen ergibt, mehr nicht zugeben, als was aus den ärztlichen Zeugnissen folgte, daß die Arbeitsfähigkeit des Verletzten gemindert war.

Auch die Begründung, der Arzt habe verordnet, der Verletzte müsse geschont werden, in der Notwendigkeit dieser Schonung liege der Vermögensnachteil desselben, ist unstichhaltig. Es fehlt die weitere Behauptung, daß er auch geschont worden ist. Hat der Verletzte gearbeitet, wie zuvor, und dadurch seinen Lohn verdient, oder ist er dadurch geschont worden, daß ihm leichtere Arbeit an Stelle der bisherigen zugewiesen worden ist, so hat er keine Vermögenseinbuße erlitten. Wäre derselbe in Folge der unterlassenen Schonung bälder arbeitsunfähig und ruhestandsbedürftig geworden, so wäre etwa dann die Verwilligung einer Rente begründet gewesen, denn ebensogut konnten derartige Folgen auch nicht eintreten.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 27. Oktober 1893 in Sachen Brauerei- und Mälzerei-Berufsgenossenschaft gegen Staatsfinanzverwaltung.

43.

Ist der Gerichtsstand des § 25 C.P.O. begründet für eine Klage, womit der Verzicht auf ein Pfandrecht gegenüber dem Eigentümer der verpfändeten Liegenschaft angefochten wird?

Kläger hat beantragt, festzustellen, daß das Pfandrecht der Ehefrau des G.L. an der früher ihrem Ehemann, jetzt

dem Beklagten gehörigen Liegenſchaft, ſoweit es zur Sicherung der klägeriſchen Forderung diene, noch zu Recht beſtehe, indem er behauptet hat, die Ehefrau des G.L. habe auf das Pfandrecht in der dem Beklagten bekannten Abſicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen, verzichtet. Die Klage war im allgemeinen Gerichtsſtand des Beklagten erhoben. Dieſer machte geltend, daß die Klage im Gerichtsſtand der gelegenen Sache hätte erhoben werden müſſen.

Dieſer Einwand wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

Der Beklagte ſchützt in der zweiten Inſtanz gegen die Klage die Einrede der örtlichen Unzuſtändigkeit nach Maßgabe des § 25 C.P.O. vor. Dieſe Einrede darf zwar, da der Beklagte auf dieſelbe nach § 25 Abſ. 1 C.P.O. nicht wirkſam verzichten konnte, nach § 490 Abſ. 1 C.P.O. noch in der Berufsinſtanz geltend gemacht werden, ſie iſt aber nicht begründet.

Unter den Klagen des § 25 C.P.O., durch welche eine dingliche Belaſtung geltend gemacht wird, ſind nur diejenigen zu verſtehen, deren Gegenſtand ein beſtehendes dingliches Recht bildet [1]).

Dies trifft nun aber im vorliegenden Fall nicht zu, in welchem es ſich um ein Pfandrecht der Eva Lutz an der Liegenſchaft ihres Ehemanns, das nach der Behauptung des Klägers durch Verzicht der Pfandberechtigten erloſchen iſt, alſo an ſich nicht mehr beſteht, handelt und nur dieſer Verzicht als dem Kläger gegenüber unwirkſam angefochten und die Rückgewähr des Pfandrechts der Eva Lutz in deren Vermögen, inſoweit als dies zur Befriedigung der Forderung des Klägers an dieſelbe notwendig iſt, beanſprucht wird. Der Fall liegt hier ähnlich, wie bei einer auf Uebertragung eines dinglichen Rechts an einer Liegenſchaft gerichteten Klage, für welche der Gerichtsſtand der gelegenen Sache nicht begründet iſt [2]).

1) Entſch. des R.G. XV. 387 und in Seuffert's Arch. XLIV. Nr. 214, Gaupp, Komm. 2. A. I. 60.

2) Entſch. des R.G. XX, 406 und in jur. Wochenſchr. von 1887 S. 11, Gaupp a. a. O. S. 61 bei N. 11.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 10. November 1893 in Sachen Käß g. Lutz.

44.

Ist dem obsiegenden Kläger die von dessen Anwalt an den Gerichtsdiener für das Zurückbringen der Urschrift der Klage mit Terminsvermerk bezahlte Ganggebühr zu erstatten?

Die vorstehende Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Der Nachweis dafür, daß die von dem Kläger an den Gerichtsdiener für das Zurückbringen der Urschrift der Klage mit dem Terminsvermerk bezahlte Ganggebühr eine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Klägers notwendige Auslage sei, ist nicht erbracht.

Die von dem Beschwerdeführer angezogenen früheren gerichtlichen Entscheidungen, wodurch der Ansatz von Auslagen für die Zurückstellung von Urkunden, insbesondere von Manualakten, welche im Prozeß oder im Kostenfestsetzungsverfahren Beweises halber vorgelegt waren und demnächst dem Produzenten von dem Gericht zurückzugeben sind, als berechtigt anerkannt wurde [1]), treffen den vorliegenden Fall nicht. Die Urschrift der Klage ist, wenn sie zur Terminsbestimmung eingereicht wurde, nicht als Beweismittel oder dem Gericht „lediglich zur Einsicht", sondern zu dem Zweck vorgelegt worden, um durch Einsetzung des von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Termins eine Ladung im Sinne des Gesetzes (C.P.O. § 191, 193 Abs. 1, 230² Ziff. 3) für den Gebrauch der klägerischen Partei herzustellen und hiedurch die Klagschrift zur Zustellung zu qualifizieren. Gemäß § 233 Abs. 2 der C.P.O. hat aber nach erfolgter Terminsbestimmung der Kläger für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen. Und zwar erfolgt diese Zustellung im Parteibetrieb und ist deren Bewerkstelligung in dem Verfahren vor den höheren Gerichten anders als im amtsgerichtlichen

1) Jahrbücher der württ. Rechtspflege. Bd. V Nr. 11 S. 37 ff.

Verfahren (C.P.O. § 458) lediglich der Partei überlassen. Es ist daher Sache der betreibenden Partei, beziehungsweise ihres Anwalts, nach Ablauf der in § 193 Abs. 2 bestimmten Frist die Klageschrift auf der Gerichtsschreiberei abzuholen[1]). Dem Gericht — der Gerichtsschreiberei — liegt es nur ob, die Urschrift der Klage zur Abholung für die Partei bereit zu halten; dagegen ist ein Anspruch der Partei auf Rücksendung — auf dem in § 16 Abs. 4 der Geschäftsordnung für die Registratur und die Gerichtsschreiberei (Beil. I der Dienstvorschriften für die Landgerichte vom 30. September 1879) vorgezeichneten Weg — hier nicht anzuerkennen.

Die Ablangung der Klageschrift bei der Gerichtsstelle aber gehört an sich zu dem allgemeinen Geschäftsbetrieb des Anwalts. Erwachsen dem Anwalt für diese Ablangung Auslagen, so kann er solche unter allen Umständen nur dann von der Gegenpartei ersetzt verlangen, wenn deren Notwendigkeit dargelegt ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, insbesondere ist im gegenwärtigen Fall die Notwendigkeit dafür nicht abzusehen, daß der klägerische Anwalt zum Zweck der Ablangung der Urschrift sich des Gerichtsdieners bedienen mußte, womit speziell die Auslage von 20 Pfg. (gemäß der Justizminist.Verfügung vom 24. Juni 1875 Reg.Bl. S. 370) verbunden war.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 21. Dezember 1893 i. S. Lamm gegen Brenner.

45.

Zu § 17 der Rechtsanwaltsgebührenordnung.

Gegenüber einer auf Zahlung einer Versicherungsprämie von 84 M. gerichteten Klage bestritt Beklagter, daß ein gültiger Versicherungsvertrag zu Stand gekommen sei. Nachdem hierüber Zeugen vernommen worden waren, erhob in dem zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumten Termin

---

1) Vgl. Gaupp, C.P.O. zu § 193. S. 383 I, 385 IV. zu § 294. S. 602 II. Seuffert, C.P.O. zu § 193. S. 241 Nr. 4.

Beklagter Inzident-Widerklage mit dem Antrag auf Feststellung der Ungültigkeit des vom Kläger behaupteten Versicherungsvertrags. Der Streitwert dieser Widerklage betrug 800 M. In der Kostenrechnung des Anwalts des Klägers war eine Erhöhung der Verhandlungsgebühr um $^5/_{10}$ gemäß § 17 R.A.G.O. mit 12. M aus 800 M. berechnet. Beklagter verlangte Herabsetzung dieser Erhöhung auf 2 M. Seine Beschwerde ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

in Erwägung, daß die Beschwerde ausschließlich dagegen gerichtet ist, daß dem Anwalt der Klägerin eine erhöhte Verhandlungsgebühr gemäß § 17 R.A.G.O. aus dem Streitwert von 800 M. mit 12 M. zugebilligt worden ist, während seitens des Beklagten geltend gemacht wird, daß diese Gebühr nur aus dem Streitwert der Klage von 84 M. mit 2 M. hätte berechnet werden sollen, weil für diese Zuschlagsgebühr „nur derjenige Teil des Streitgegenstands maßgebend sein" könne, „bezüglich dessen eine Beweisaufnahme vorausgieng", und die Widerklage mit dem Streitwert von 800 M. erst nach der Beweisaufnahme erhoben worden ist;

daß § 17 R.A.G.O. nach seinem Wortlaut nicht besagt: bei vorangegangener Beweisaufnahme erhöhe sich die dem Rechtsanwalt zustehende Verhandlungsgebühr um die Hälfte (bzw. ein Viertel), insoweit als (d. h. inbetreff des Betrags, hinsichtlich dessen) eine Beweisaufnahme stattgefunden habe, — sondern: die Verhandlungsgebühr erhöhe sich, insoweit als sich die Vertretung seitens des Rechtsanwalts auf die weitere mündliche Verhandlung erstrecke;

daß hienach für die Bemessung der Erhöhung der Verhandlungsgebühr nicht der Umfang der Beweisaufnahme, sondern der Umfang der auf die Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung maßgebend ist;

daß im vorliegenden Falle die auf die Beweisaufnahme folgende mündliche Verhandlung sich auf Klage und Widerklage erstreckt hat, welche beide denselben Streitgegenstand

betrafen, und wobei die Entſcheidung nach beiden Richtungen von der Würdigung des über die Frage des rechtsgültigen Abſchluſſes des in Rede ſtehenden Verſicherungsvertrags eingezogenen Beweiſes abhieng;

daß hienach der Berechnung der erhöhten Verhandlungsgebühr mit Recht der Streitwert von 800 M. zu Grund gelegt worden iſt.

Beſchluß des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 20. Januar 1893 in der Beſchwerdeſache Rommel gegen Magdeburger Allgemeine Verſicherungsgeſellſchaft.

46.

Zu Art. 3 C. des Erbſchaftsſteuergeſetzes vom 24. März 1881.

Dem katholiſchen Geſellenverein in Ulm war ein Vermächtnis zugewendet worden. Gegen die Belegung desſelben mit einer Erbſchaftsſteuer hat der Vorſtand des Vereins Beſchwerde erhoben. Der Steueranſatz wurde aufgehoben aus folgenden

Gründen:

In Erwägung, daß der genannte Verein ausweislich ſeiner Statuten, auf Grund deren ihm die Rechte einer juriſtiſchen Perſönlichkeit verliehen ſind, den Zweck verfolgt, in Ulm in Arbeit ſtehende Handwerksgeſellen katholiſcher Konfeſſion zu einem tüchtigen und ehrbaren Meiſterſtand durch Belehrung und ſittliche Förderung auf religiöſer Grundlage heranzubilden, daß derſelbe durch dieſen Zweck und durch ſeine ſtatutenmäßige Einrichtung darauf angelegt und dazu geeignet iſt, ſeine Wirkſamkeit auf einen ausgedehnten und fortgeſetzt ſich erneuernden Mitgliederkreis zu erſtrecken,

daß ferner die Erſtrebung des bezeichneten gemeinnützigen Zweckes (mit dem ſich nach der Darlegung der Beſchwerdeführer auch eine in Wechſelwirkung mit gleichartigen auswärtigen Vereinen geübte Wohlthätigkeit zum Beſten bedürftiger reiſender Handwerksgeſellen aus dem Kreis der Angehörigen des Verbands der katholiſchen Geſellenvereine verbindet) nicht

deshalb in Frage gestellt werden kann, weil der Verein als Mittel für die Erreichung seiner Ziele auch die Beförderung einer anständigen Unterhaltung seiner Mitglieder sich zur Aufgabe macht, daß endlich eine pekuniäre Unterstützung des Vereins nach dem Angeführten nicht bloß einem beschränkten Kreis von Interessenten zu gut kommt, sondern dem Verein selbst in der Erfüllung seiner Aufgabe dienlich, mithin seinen allgemeinen Zwecken selbst gewidmet ist, daß sonach mit Recht für die in Frage stehende letztwillige Zuwendung die Steuerfreiheit gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 3. April 1885 vgl. mit Art. 3 C des Erbschaftssteuergesetzes vom 24. März 1881 in Anspruch genommen wird.

Beschluß des ersten Civilsenats vom 16. Februar 1894 in der Beschwerdesache des katholischen Gesellenvereins Ulm.

47.

Unterliegt ein Vermächtnis an eine katholische Pfarrstelle zum Zweck der Abhaltung von Seelenmessen und Seelenämtern der Erbschaftssteuer?

Die Frage wurde verneint

„in Erwägung daß die Frage, ob es sich bei der bezeichneten letztwilligen Verfügung um eine Vermögenszuwendung zu kirchlichen Zwecken im Sinne des Steuergesetzes vom 24. März 1881 (Art. 3c) und der Novelle vom 3. April 1885 (zu vgl. die Ministerialverfügung vom 13. dess. M.) handelt, zu bejahen ist,

weil gestiftete Seelenmessen neben ihrer Beziehung auf die Seelenruhe bestimmter Personen die Vornahme von gottesdienstlichen Handlungen zum Gegenstand haben, welche nach der bezüglichen Einrichtung der katholischen Kirche nicht nur jedermann zugänglich sind, sondern auch, an Stelle der täglichen Pfarrmesse tretend an den betreffenden Tagen den werktäglichen Gemeindegottesdienst bilden und in der erweiterten Form von Seelenämtern und sog. Engelämtern zur Erhöhung

der Feierlichkeit des Gottesdienſtes beitragen, weil auch die Ueberſchüſſe aus den Erträgniſſen der Stiftungskapitalien den Kirchenpflegen bezw. den ſubſidiär pflichtigen Kirchengemeinden zu Gut kommen, und bei den an die Kirchenſtelle gemachten Stiftungen einen weſentlichen Beitrag zur Verbeſſerung des Einkommens der betreffenden Kirchen- und Schuldiener bilden,

wonach jene Stiftungen einem perſönlichen und allgemein kirchlichen Zweck in untrennbarer Verbindung dienen und die Steuerfreiheit nach Maßgabe der angeführten Geſetze mit Recht für ſie in Anſpruch genommen wird."

Beſchluß des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 30. März 1894 auf die Beſchwerde des Martin Stahl.

48.

Vorausſetzungen einer Klage auf Schutz im Beſitz einer Fiſchereigerechtigkeit.

Kläger hat vom Ulmer Spital ein Fiſchwaſſer, beſtehend in einem Altwaſſer der Donau, gepachtet; dem Beklagten hat die Gemeinde Erſingen als angebliche Eigentümerin des Betts dieſes Altwaſſers und des Altwaſſers ſelbſt die Erlaubnis gegeben, auf dem Altwaſſer zu eiſen.

Kläger betrachtet ſich durch Ausübung des vom Beklagten in Anſpruch genommenen Rechts auf Gewinnung von Eis aus dem Altwaſſer als im Beſitz ſeiner Fiſchereigerechtigkeit geſtört und hat deshalb Klage auf Schutz im Beſitz dieſes Rechts erhoben. Beklagter hat ſeine Paſſivlegitimation beſtritten und behauptet, die Klage hätte gegen die Gemeinde Erſingen gerichtet werden ſollen. Er hat ferner geltend gemacht: ſolange nicht über die Frage der beiderſeitigen Berechtigungen entſchieden ſei, könne von einem unberechtigten Eingriff, einer Beſitzſtörung, der er ſich ſchuldig mache, keine Rede ſein, und beſtritten, daß in dem Abeiſen eine Beſitzſtörung liege.

Dieſe Einwendungen wurden zurückgewieſen aus folgenden

Gründen:

Wenn selbst das in Rede stehende Altwasser, weil immer noch einen Arm der Donau bildend, gleich diesem öffentlichen Flusse als eine res communis omnium an sich außerhalb des privatrechtlichen Verkehrs stehen sollte [1]), so besteht doch kein Hindernis, daß der Staat als Fiskus den finanziellen Wert der ihm an öffentlichen Gewässern hergebrachter Maßen vorweg zustehenden Gebrauchsrechte (Regalien) durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte (Belehnung, Erbrecht, Pacht u. dgl.) sich zu Nutzen macht [2]). Auch vorliegend gehörte das in Rede stehende Fischwasser nach dem keinerseits beanstandeten Auszug aus dem Ulmer Amtsgrundbuch zu einem s. g. Fischlehen und gieng hienach in den (Rechts-)Besitz des Ulmer Hospitals über, welcher dasselbe zur Zeit an den Kläger verpachtet hat. Daß hienach für einen Streit über Störung und Beeinträchtigung des Fischereirechts des Klägers der Civilrichter auch abgesehen von der Kläg. Seits bestrittenen Behauptung des Beklagten, das betreffende Altwasser stehe im Eigentum der Gemeinde Ersingen, zuständig ist, kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen [3]).

Auch für den vorliegenden Besitzstreit kann resp. muß die Frage dahingestellt bleiben, ob der in Rede stehende Eingriff des Beklagten in die Fischereigerechtigkeit des Klägers bezw. seines Autors sich auf den Gemeingebrauch an einer Allen gemeinsamen Sache oder auf das Eigentum der Gemeinde Ersingen zu stützen hätte und ob im Kollisionsfall das Recht des Klägers oder das des Beklagten zu weichen haben würde.

Erheblich für den Besitzstreit ist einzig die Frage, ob eine Kollision dieser Berechtigungen vorliegt, d. h. ob das Recht des Klägers, wie dieser behauptet und der Beklagte bestreitet,

---

1) Vgl. die Entsch. Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 208 u. Bd. 17 Nr. 99 u. Nr. 224.

2) s. Gerber, Deutsch. Priv.R. S. 94 bei Note 2; Wächter, württ. Pr.Recht Bd. I. S 129 ff.; Lang, Sachenrecht Bd. I. S. 548 bei und in Note 2; Seuffert, Archiv Bd. XVII. Nr. 99.

3) s. auch Lang a. a. O. S. 568. 573; Seuffert, Arch. a. a. O. und Bd. 28 Nr. 64.

dadurch, daß neuerdings der Beklagte sich in den Besitz der Ausübung eines von ihm für sich bzw. für die Gemeinde Ersingen in Anspruch genommenen Rechts gesetzt hat bzw. setzen will, beeinträchtigt und damit [1]) der Rechtsbesitz des Klägers gestört oder mindestens mit Störung bedroht ist. Ist diese Frage zu bejahen, so erscheint auch der Beklagte, welcher in eigenem Interesse, wenn gleich unter Berufung auf eine Erlaubnis der angeblichen Eigentümerin des Altwassers, den Eingriff in die Fischereigerechtigkeit sich erlaubt hat, als der rechte Beklagte und kann unerörtert bleiben, ob neben ihm etwa auch die Gemeinde Ersingen hätte belangt werden können.

Nach eigener Aufstellung des Beklagten hätte sich ihm gegenüber der Kläger im Jahre 1891 dahin ausgesprochen, er lasse sich „das Eisen" noch eher gefallen, wenn er davon zuvor in Kenntnis gesetzt werde, damit er „versetzen" könne, mithin sich gegen ein Abeisen ohne sein Vorwissen verwahrt, und unbestrittenermaßen hat der von dem Beklagten im Jahre 1892 benachrichtigte Kläger dem Beklagten das Abeisen zum genannten Zeitpunkt geradezu verboten; die weitere Besitzhandlung bezw. Ausübung des vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechts endlich, von welcher unter den Parteien überhaupt die Rede ist, fällt in den Winter 1892/93, nachdem unter den Parteien wegen Nichtachtung des kläg. Verbots vom Januar 1892 längst Streit entstanden war.

Hienach kann überall davon keine Rede sein, daß der Beklagte, bezw. sein Gewährsmann, die Gemeinde Ersingen, zur Zeit des zur Klage gebrachten Eingriffs sich ihrerseits bereits in einwand- insbesondere in fehlerfreiem Rechtsbesitz befunden habe, und erübrigt lediglich die Frage, ob mit dem in Rede stehenden Abeisen eine Störung bezw. Gefährdung des an sich unbestrittenen Rechtsbesitzes des Klägers gegeben war. Im großen Ganzen richtet sich denn auch die Berufungsbeschwerde

---

1) s. l. 3 § 9 (vgl. auch §§ 5—7) D. 43, 17 l. 8 § 5 D. 8, 5 u. Wächter, Pand. Bd. II S. 86 lit. c; Windscheid, Pand. § 159 bei und in Note 5a.

gegen die diesbezüglichen, die Frage bejahende Entscheidung des Unterrichters, welche in rechtlicher Beziehung fehlgehe, sofern zu Störung des Rechtsbesitzes eines Fischereiberechtigten eine Behinderung in der thatsächlichen Möglichkeit (der Ausübung) des Fischens mittels Angeln oder Netzen erfordert werde, während diese Möglichkeit durch das Abeisen des Beklagten, wenn je durch dasselbe, wie die Sachverständigen I. Instanz angenommen haben, die in dem Altwasser befindlichen Fische vertrieben worden sein sollten, keineswegs aufgehoben, vielmehr hinsichtlich der zurückgebliebenen Fische — daß nämlich gar kein Fisch zurückgeblieben sei, werde Kläger selbst nicht behaupten wollen — geradezu erleichtert worden sei.

Allein wenn auch nur ein Teil der vorhanden gewesenen Fische durch das Abeisen vertrieben worden ist, so wurde hiedurch die Möglichkeit eines reicheren Ertrags des Fischens geschmälert und der klägerische Besitz eines fischreichen Wassers in den Besitz eines weniger fischreichen Wassers verschlechtert. Mit jeder, gleichviel ob mit Bewußtsein oder nicht, so bewerkstelligten Entweichung von Fischen aus dem Altwasser war hienach unzweifelhaft eine Besitzstörung und mit der vom Unterrichter einer Besitzstörung gleichgestellten Schaffung schon der Gefahr einer solchen Entweichung jedenfalls eine drohende Störung und damit der Anspruch auf Unterlassung künftiger Gefährdung bei Strafvermeidung gegeben.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 23. November 1893 i. S. Greiff g. Käßbohrer.

49.

Zur Auslegung von Art. 408 H.G.B.

Der Kläger verlangt von der K. württ. Staatsfinanzverwaltung Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten hat, daß eine Wagenladung Aepfel, die er von einer schweizerischen Eisenbahnstation nach Cannstatt versandt hat, infolge davon beschädigt worden ist, daß die Aepfel in einen erst kurz zuvor mit Chlorkalk desinfizierten Eisenbahnwagen verladen worden

sind. Die Beklagte hat u. a. eingewendet, dieser Schadensersatzanspruch sei erloschen, weil Kläger unbestrittenermaßen die Aepfel angenommen und die Fracht bezahlt habe, während er doch sofort an ihnen den Chlorgeruch wahrgenommen habe; dieser Geruch (der sich auch dem aus den Aepfeln bereiteten Most mitgeteilt hat) habe eine äußerlich erkennbare Beschädigung der Aepfel dargestellt.

Dieser Einwand ist verworfen worden aus folgenden

Gründen:

Die Beklagte beruft sich auf Art. 408 Abs. 1. H.G.B. Allein es ist die Annahme des vorigen Richters zutreffend, daß Abs. 2 dieses Artikels zur Anwendung komme, wonach die Eisenbahn auch noch nach Annahme des Guts und Zahlung der Fracht in Anspruch genommen werden kann, wenn die Beschädigung bei der Ablieferung äußerlich nicht erkennbar war. Eine Untersuchung der Ware ist nicht vorgeschrieben und die Beschädigung muß äußerlich erkennbar sein.

Nicht jede Veränderung, welche das Gut durch den Transport erlitten hat, wenn gleich sie sich den Sinnen, dem Gesicht, Geschmack oder Geruch unangenehm bemerkbar macht, kann als Beschädigung im Sinne des A. 408 H.G.B. bezeichnet werden; vielmehr ist darunter eine Veränderung zu verstehen, welche für die Benützbarkeit, Verwendbarkeit und Verwertbarkeit des Guts Nachteil bringt, denn nur eine solche Beschädigung kommt im Handel und Verkehr in Betracht.

Ist von einer äußerlichen Veränderung auf eine innere Beschädigung mit Sicherheit zu schließen, so ist allerdings diese innere Beschädigung auch äußerlich erkennbar. Andererseits wäre es ein ganz zweckloses Verlangen, der Empfänger solle die Annahme der Ware verweigern, wenn zwar eine äußerliche Veränderung vorliegt, diese Veränderung aber allem nach für die Benützbarkeit und Verwertbarkeit derselben ohne Einfluß ist, denn eine Verweigerung der Empfangnahme bringt auch ihrerseits Nachteile, erhöhte Kosten und Verzögerung der Ablieferung, mit sich.

Demgemäß ist nach den vorliegenden Umständen und den

Regeln der Erfahrung zu entscheiden, ob es wahrscheinlich ist, daß mit einer äußerlich wahrnehmbaren Veränderung eine wirkliche Beschädigung verbunden ist. Liegen hinreichende Gründe zu der Annahme vor, daß eine Beschädigung nicht vorhanden sei, so kann es dem Empfänger nicht schaden, wenn sich nach der Empfangnahme eine solche doch herausstellt. Das Gesetz nimmt eine thatsächliche Billigung der Ausführung des Transports an durch Annahme des Guts und Zahlung der Fracht. Allein das beiderseits erfüllte Geschäft kann vom Empfänger angefochten werden, wenn er sich erweislich über das Vorhandensein einer Beschädigung in entschuldbarem Irrtum befunden hat [1]).

Der Kläger kann demgemäß auch nachträglich noch Schadensersatz beanspruchen, wenn er Grund zu der Annahme hatte, der wahrgenommene Geruch werde dem Obste nichts geschadet haben und wenn sein Irrtum ein entschuldbarer war.

Dies ist aber zu bejahen.

Zunächst kann doch die Beklagte dem Kläger keinen Vorwurf daraus machen, daß er als nicht sachverständig unterstellt hat, die Eisenbahnverwaltung sei ihrer Pflicht nachgekommen, sie habe nur einen tauglichen Wagen gestellt, daß er angenommen hat, dieselbe sei besser, als er, in der Lage zu beurteilen, ob die Verladung in einen solchen Wagen dem Obste schaden werde, und es werde daher kein Nachteil entstanden sein.

Sodann hat sich der Sachverständige K. dahin ausgesprochen, die Wirkung des Chlorkalkgeruchs auf Obst sei momentan eine intensive, wenn aber das Obst wieder an frischer Luft gelagert werde, so gehe der Geruch nach kurzer Zeit vollständig verloren; der Chlorkalkgeruch hafte überhaupt nur oberflächlich und dringe nicht in den Stoff ein; das sei allerdings möglich, daß Chlorkalkpartikelchen an einzelnen Aepfeln haften bleiben und daß hiedurch das Obst einen intensiven Geruch und Geschmack erhalte, der schwer vergehe. Es wird aber nur behauptet, daß ein Geruch wahrnehmbar gewesen sei, es wird nicht geltend gemacht, daß Chlorkalkteile auf dem Boden oder

1) Entsch. d. ReichsoberhandelsGer. B. 8 S. 195.

an den Wänden des Wagens oder an dem Obſte ſelbſt ſichtbar geweſen ſeien. Die Annahme des Klägers, der Geruch werde nicht in den Stoff eingedrungen ſein, war daher keine unberechtigte.

Zudem behauptet die Beklagte ja ſelbſt, das Obſt ſei bei der Ablieferung durch den Chlorgeruch gar nicht verdorben geweſen und ſie hat ihr Geſtändnis, daß dies der Fall geweſen ſei, zurückgenommen. Dann aber kann ein derartiger Geruch nicht ſchon an ſich als eine Beſchädigung, die zu ſofortiger Reklamation verpflichte, bezeichnet werden. Wenn die Beklagte glaubt, durch geeignete Lagerung des Obſtes hätte ſich der Geruch wieder nach kurzer Zeit verflüchtigt, ſo konnte auch der Kläger davon ausgehen, durch Ausladen des Obſtes, Transport desſelben in die Häuſer der Käufer und die weitere Behandlung desſelben bis zum Moſten werde ſich der Geruch verlieren.

Es hat auch die Eiſenbahnverwaltung in Bern, welche den Wagen dem Lehrer B. zur Verfügung ſtellte, bezeugt, es haben dieſer und die Händler E., W., H. und St. an dem Wagen keinen Anſtoß genommen und auch die Käufer des Obſtes in Cannſtatt teilten die Anſchauung, das Obſt werde geſund ſein, ſonſt hätten ſie es nicht um den Marktpreis gekauft.

(Ferner wurde feſtgeſtellt, daß auch die weiteren Vorausſetzungen der Anwendbarkeit des Abſ. 2 des Art. 408 H.G.B. vorliegen).

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 9. Februar 1894 i. S. Staatsfinanzverwaltung g. Strohm.

50.

Kann ein Verletzter für die Zeit, während der er auf Grund ſeiner Beteiligung an einer Krankenkaſſe in einem Krankenhaus unentgeldlich verpflegt und verköſtigt worden iſt, Erſatz des geſamten ihm entgangenen Arbeitsverdienſtes von dem Verletzer verlangen?

Kläger verlangt vom Beklagten Erſatz des Schadens, der

ihm aus einer ihm vom Beklagten zugefügten Körperverletzung erwachsen ist, darunter auch Ersatz des Arbeitsverdiensts, der ihm während der 127 Tage entgangen ist, während der er auf Grund seiner Beteiligung an einer Gemeinde-Krankenversicherung oder Ortskrankenkasse unentgeldlich im Spital zu St. verpflegt worden ist. Beklagter hat geltend gemacht: Kläger müsse an diesem Teil seiner Arbeitsverdienstforderung den Betrag in Abzug bringen, den er während dieser Zeit in gesundem Zustand für seine Verköstigung hätte aufwenden müssen. Dies wurde für zutreffend angesehen aus folgenden

Gründen:

Der Arbeitslohn, dessen Ersatz Kläger für die bei ihm während seines Aufenthalts im Katharinen-Hospital in der Zeit vom 21. September 1890 bis 26. Januar 1891 vorhandene Arbeitsunfähigkeit verlangt, hatte unter Anderem auch zur Bestreitung des vom Kläger in diesem Zeitraum auf seine Verköstigung zu machenden Aufwands zu dienen. Die Entschädigungssumme für diesen Arbeitslohn bildet daher zugleich den Ersatz für den durch des Klägers Verköstigung in der genannten Zeit erwachsenen Aufwand. Der vom Beklagten für die Größe dieses Aufwands berechnete Betrag von 1 M. 30 Pf. auf Einen Tag und von 165 M. auf den ganzen Zeitraum von 127 Tagen erscheint nach der vom Beklagten hiefür gegebenen Spezifikation, gegen welche Kl. Seits eine Einwendung nicht erhoben ist, als angemessen. Demgemäß ist davon auszugehen, daß in der Ersatzforderung des Klägers für den ihm in diesem Zeitraum entgangenen Arbeitsverdienst auch die Entschädigung für den in derselben Zeit zu seiner Verköstigung erforderlichen Aufwand im Betrage von 165 M. inbegriffen ist.

Der Kläger hat anerkanntermaßen während des genannten Zeitraums vom 27. September 1890 bis 26. Jan. 1891 auf Grund seiner Beteiligung an der Gemeinde-Krankenversicherung oder einer Ortskrankenkasse freie Verpflegung und damit auch freie Verköstigung im Katharinen-Hospitale dahier genossen. Die dem Kläger hiemit gewährte Krankenunterstützung, mag

solche auf dem einen oder andern Grunde beruhen, und die vom Beklagten dem Kläger wegen der ihm zugefügten Körperverletzung zu leistende Entschädigung verfolgt insoweit denselben Zweck, nämlich die Ausgleichung der Vermögensnachteile, welche durch die infolge der Körperverletzung entstandene Krankheit dem Kläger erwachsen sind. Beiderlei Ansprüche sind daher insoweit auf den Ersatz eines und desselben Schadens gerichtet. Hat Kläger für den einen Anspruch Befriedigung erhalten, kann er nicht nochmals auf Grund des anderen Entschädigung verlangen [1]).

Nun hat Kläger durch die ihm von der Krankenversicherung gewährte Verköstigung dasselbe erhalten, wofür er vom Beklagten mit seiner Klage Ersatz verlangt; sein in dem oben berechneten Betrage des Aufwands für seine Verköstigung bestehender Schaden ist sonach durch die ihm von der Krankenversicherung gewährte Verköstigung ausgeglichen. Hienach ergiebt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen und abgesehen von der Bestimmung des § 57 Abs. 4 des Reichsgesetzes vom 15. Juni 1883, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, daß die dem Kläger von der Krankenversicherung in dem genannten Zeitraum gewährte Verköstigung die vom Beklagten zu bezahlende Entschädigungssumme um den oben berechneten Betrag von 165 M. vermindert.

Ein Abzug an der Entschädigungsforderung des Klägers ergiebt sich des Weiteren aus dem ebenangeführten § 57 Abs. 4 des Krankenversicherungsgesetzes.

Nach dieser Bestimmung geht, falls von der Gemeinde-Krankenversicherung oder von der Ortskrankenkasse Unterstützung in einem Krankheitsfalle geleistet wird, für welchen dem Versicherten ein gesetzlicher Entschädigungsanspruch gegen Dritte zusteht, dieser Anspruch in Höhe der geleisteten Unterstützung auf die Gemeinde-Krankenversicherung oder die Ortskrankenkasse über. Da im vorliegenden Falle Kläger anerkannter-

1) Wächter, württ. Privatrecht Bd. II. § 67 S. 463; Windscheid, Pand. Bd. I, § 121 Anm. 9 u. 10.

maßen von der Krankenversicherung in dem genannten Zeitraum seine Verköstigung während einer Krankheit erhalten hat, für deren Kosten er dem Beklagten gegenüber wegen der von diesem zugefügten Körperverletzung ersatzberechtigt ist, so ist sein Entschädigungsanspruch für den Aufwand, den er in dieser Zeit auf seine Verköstigung zu machen gehabt hätte, in Höhe der ihm geleisteten Unterstützung kraft gesetzlicher Vorschrift auf die Krankenversicherung übertragen worden, und ist Kläger zur Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz für diesen Aufwand insoweit nicht mehr legitimiert; Beklagter kann vielmehr vom Kläger nur noch insoweit in Anspruch genommen werden, als dessen Forderung nicht auf die Krankenversicherung übergegangen ist, ist dagegen der letzteren für den bezeichneten Aufwand ersatzpflichtig.

Dem steht nicht entgegen die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 10 Seite 50 der Entsch. in Civilsachen [1]), welche die Zulässigkeit der Anrechnung einer Witwenpension auf die nach dem Reichshaftpflichtgesetz von dem Betriebsunternehmer zu leistende Entschädigung verneint. Denn es wird in dem dort entschiedenen Falle das entscheidende Gewicht darauf gelegt, daß das Recht der entschädigungsberechtigten Witwe auf Witwenpension durch den von ihrem getöteten Manne mit der allgemeinen preußischen Witwenverpflegungsanstalt abgeschlossenen Versicherungsvertrag und durch Zahlung der Versicherungsprämien, also durch selbständige Entstehungsursache mitbedingt, somit der ursächliche Zusammenhang dieses Vorteils mit dem beschädigenden Ereignisse im rechtlichen Sinne ausgeschlossen sei. Es wird sonach bei dieser Witwenpension davon ausgegangen, dieselbe bilde ein durch Abschluß eines Versicherungsvertrags und Zahlung von Versicherungsprämien erworbenes, neben dem Entschädigungsanspruch bestehendes selbständiges Vermögensobjekt; der Entschädigungsberechtigte sei somit beiderlei Ansprüche neben einander geltend zu machen berechtigt, derart, daß jeder der beiden Verpflichteten ohne

1) Auch zu vgl. daselbst Bd. 17 Nr. 11 S. 45.

Rücksicht auf die Leistungen des Anderen seinen Verpflichtungen in vollem Umfang genügen mußte. Diese Annahme trifft bei dem Anspruch auf Krankenunterstützung, wenn auch Kläger zur Erlangung desselben Beiträge zu entrichten hatte, nach dem Obenausgeführten nicht zu, weil bei dieser der Versicherte die Entschädigung für die Krankenkosten nur einmal erhalten soll, und die ihm gewährte Unterstützung nicht noch einmal von den auf Grund einer anderen gesetzlichen Bestimmung zum Ersatz verpflichteten Dritten verlangen darf.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. Dezember 1893 i. S. Kazmaier g. Kuraß.

Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

Zurückbehaltungsrecht des als Armenanwalt bestellten Rechtsanwalts an den Handakten.

Anläßlich eines Spezialfalls, in welchem ein zum Armenanwalt bestellter Rechtsanwalt die Verabfolgung des rechtskräftigen, kondemnatorischen Urteils in einem uneheliche Schwängerung betreffenden Prozeß an die Pflegschaft des Kinds auf Grund des § 32 der R.A.O. verweigert und die Pflegschaft sich im Beschwerdeweg an den Vorstand der württembergischen Anwaltskammer gewendet hat, erteilte der Vorstand dem Rechtsanwalt folgenden Bescheid:

Der § 32 der R.A.O. 1. Abs. bestimmt allgemein Folgendes: „Der Rechtsanwalt ist nicht verpflichtet, vor Empfang seiner Auslagen und Gebühren die Handakten dem Auftraggeber herauszugeben." Es entsteht aber die Frage, ob auch ein zum Armenanwalt bestellter Rechtsanwalt jenes Retentionsrecht hat. Es sind bei Entscheidung dieser Frage in Betracht zu ziehen, abgesehen von dem cit. § 32 R.A.O., noch die §§ 107 Ziffer 3 und 116 der C.P.O. Nach den letzteren Gesetzesstellen steht fest, daß eine zum Armenrecht zugelassene Partei nur insolange von der Nachzahlung befreit ist, als sie solche nicht ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts leisten kann. Dem Wortlaut des § 32 R.A.O. entsprechend greift also, da die Pflicht zur Zahlung

der Kosten an den Anwalt bloß suspendiert, nicht aufgehoben ist, das Zurückbehaltungsrecht auch in dem Eingangs erwähnten Falle Platz. Dies nimmt auch Gaupp in seinem Kommentar 2. Aufl. Bd. 1 S. 248 und bei der in Note 9 in Uebereinstimmung mit einer in Seufferts Archiv Bd. 37 Nr. 245 abgedruckten Entscheidung des Oberlandesgerichts in Hamm an.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht erheben sich aber gewichtige Bedenken. Der § 32 unserer R.A.O. wiederholt nämlich im wesentlichen lediglich das schon früher in Deutschland bestandene Recht und ist dies sowohl in den Motiven, wie bei der Beratung allgemein anerkannt worden [1]). Hiernach soll in Uebereinstimmung mit dem bis dahin geltenden Recht [2]) der Anwalt, anstatt auf den ihm zustehenden Klagweg bezüglich seines Honorars verwiesen zu sein, auch berechtigt erscheinen, um zu seinem Honorar zu gelangen, die Handakten zurückzubehalten. Diese Art des Retentionsrechts ist also von dem sonstigen Retentionsrecht dem allgemeinen Begriff nach nicht verschieden. Da nun jedes Retentionsrecht (bei aller sonstigen Verschiedenheit der einzelnen Arten dieses Rechts unter sich) in der Befugnis besteht, eine Leistung, zu welcher man an sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruche, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge geleistet hat [3]) und da weiter der Armenanwalt zeitlich jedenfalls nicht berechtigt erscheint, seine Honorarforderung geltend zu machen, so wird man wohl mit mehr Grund sagen können, daß dem Armenanwalt das Recht aus § 32, solange die Partei unvermögend ist, nicht zusteht und hiernach der § 32 dem Sinn und Geist des Gesetzes nach einschränkend auszulegen ist. Diese Anschauung wird auch durch den Inhalt von § 32 Abs. 2 der R.A.O. entschieden unterstützt. Denn da hiernach der An-

---

1) Siegel, Materialien zur R.A.O. S. 249, 429.

2) Siehe über das gemeine Recht insbesondere Glück, Pand. Bd. 5 S. 126, Schmid, Civilproz. Bd. 1 S. 242 und die bei Glück angeführten Gesetzesstellen.

3) Windscheid II. § 351 sub 3.

walt nach Verfluß von 5 Jahren die Handakten nicht länger aufzubewahren hat, sondern u. a. auch vernichten darf, so würde eine arme Partei, die während des genannten Zeitraums ihren Anwalt nicht zahlen kann, oft der wertvollsten Akten, wie z. B. des Urteils mit Zustellungsnachweis verlustig gehen. Daß aber der Gesetzgeber eine derartige, das Recht geradezu vernichtende Konsequenz in einem Falle, wo er selbst der Partei die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zeitlich nachläßt, unmöglich gewollt haben kann, bedarf keiner besonderen Ausführung und auch hieraus ergiebt sich also die Notwendigkeit der restriktiven Auslegung des Gesetzes.

Man kann übrigens für den vorliegenden Fall die Entscheidung der allgemeinen Rechtsfrage dahingestellt sein lassen. Denn wenn auch vom strengen Rechtsstandpunkt aus die Weigerung des Armenanwalts zur Herausgabe der Manualakten an sich begründet erscheinen sollte, so ist damit die weitere Frage noch nicht entschieden, ob nicht in einem einzelnen Fall die Anstandspflicht und die dem Rechtsanwalt weiter obliegende Pflicht, sich selbst und den Anwaltsstand überhaupt in den Augen des Publikums auch vor dem Schein der besonderen Betonung der pekuniären Interessen zu bewahren, dem Anwalt die Herausgabe der Handakten auferlegt, zumal dann, wenn ein praktisches Interesse an der Zurückbehaltung der Handakten nach menschlichem Ermessen kaum denkbar erscheint. Von diesen Gesichtspunkten aus ist nun aber im vorliegenden Fall die Weigerung des Anwalts nicht zu billigen. Es ist nämlich ohne weiteres anzunehmen, daß die Pflegschaft des unehelichen Kindes kaum je in die Lage kommen wird, die Deserviten des Anwalts bezahlen zu können. Auf der andern Seite hat aber die Pflegschaft ein wohlbegründetes Interesse daran wenigstens, die vollstreckbare Urteilsausfertigung jederzeit und sofort zu ihrer Verfügung zu haben, um nach Umständen den verurteilten, wenn auch zur Zeit vermögenslosen Bekl. sofort pfänden lassen zu können, während die erst nachzusuchende Intervention des auswärts wohnenden Anwalts möglicherweise den ganzen Zweck vereiteln würde. Unter-

stützend mag noch angeführt werden, daß auch in ähnlichen Fällen dem Rechtsanwalt die Pflicht obliegt, aus Rücksichten auf den Anstand und den Stand nicht von dem strengen Recht Gebrauch zu machen und insbesondere seinen pekuniären Vorteil den bemerkten höheren Rücksichten unterzuordnen [1]).

---

1) Vgl. auch Entscheidungen des Ehrengerichtshofs. Bd. 3 S. 128, Bd. 4 S. 162) *).

*) Was die oben behandelte Rechtsfrage betrifft, so finden sich hierüber zwar nicht in den Motiven (v. Siegel a. a. O. S. 249), wohl aber in den Kommissionsberatungen und im Kommissionsbericht selbst manchfache Erörterungen. Das Kommissionsmitglied Wolffson sprach sich bei der Beratung gegen den Abs. 1 des § 30 des Entwurfs (Gesetz § 32) aus, „weil derselbe Unklarheit schaffe und zu Härten führe, da z. B. die arme Partei, der das Armenrecht verwilligt, Interesse an dem Besitze der Akten haben könne." Der Bundeskommissär, geh. Justizrat Kurlbaum bemerkte dagegen: „Die mit Armenrecht versehene Partei könne sich die in ihrem Interesse nötigen Ausfertigungen von Entscheidungen u. s. w. aus den Gerichtsakten verschaffen, es stehe dem Interesse des Armen das Interesse des Anwalts, die zur Begründung seiner Kosten erforderlichen Unterlagen zu besitzen, entgegen." (Siegeth, R.A.O. 8. Protokoll S. 41 und 42). In dem dem Reichstag erstatteten Kommissionsbericht finden sich sodann in der erwähnten Richtung folgende Bemerkungen: „Es sei gegen die Bestimmung in Abs. 1 von § 30 des Entwurfs (Gesetz § 32) u. A auch eingewendet worden, daß es „zweifelhaft bleibe, ob der Anwalt auch der Armenpartei die Herausgabe der Handakten und aller Teile derselben bis zur Bezahlung seines Honorars verweigern könne." Gegen diesen Einwand sei hervorgehoben worden, daß „das Retentionsrecht auch der Armenpartei gegenüber in vollem Umfange, bis dieselbe der ihr durch § 116 der C.P.O. auferlegten Pflicht der Nachzahlung genügt habe, bestehe." (Siegel, Materialien S. 429) — Eine positive Entscheidung der Rechtsfrage fand also nicht einmal in der Kommission statt, wenn auch allerdings der Bundeskommissär, ohne weiteren Widerspruch zu erfahren, sich für das unbedingte Retentionsrecht ausgesprochen hat. Allein abgesehen davon, daß die Begründung des Bundeskommissärs mindestens zum Teil eine unrichtige ist (da z. B. der Nachweis der Rechtskraft des Urteils nicht aus den Gerichtsakten geschöpft werden kann), ist jedenfalls nirgends ersichtlich, daß die gesetzgeberischen Faktoren jene Auffassung zu der ihrigen gemacht haben (im Reichstag wurde der § 32 ohne Debatte angenommen), und man ist hiernach in keiner Weise gehindert, das Gesetz aus sich selbst und aus seinem Geist zu interpretieren.

Litterarische Anzeige.

Die wesentlichsten Mängel der deutschen Reichscivilprozeßordnung und Vorschläge zu ihrer Revision von Dr. H. v. Lang, Landgerichtspräsident zu Rottweil a.N. Tübingen 1894. H. Laupp'sche Buchhandlung. (47 Seiten.)

Der Verfasser bespricht in § 1 besonders ausführlich die Nachteile, welche der Prozeßbetrieb der Parteien für die letzteren namentlich im amtsgerichtlichen Verfahren, im Fall der Unterlassung der Zustellung des Einspruchs und der Berufungsschrift wegen der Erschwerung der Erlangung der Vollstreckungsklausel, bei Mängeln der Zustellungsurkunden im Berufungsverfahren im Gefolge hat, und führt aus, daß der Zweck der Einführung jenes Prozeßbetriebs, nämlich die Verringerung der Geschäftslast der Gerichte und damit der Zahl des Kanzleipersonals, sowie die Befreiung des Richters von bloß mechanischen Geschäften, nicht erreicht worden sei, daß vielmehr durch den Prozeßbetrieb der Parteien die Prozesse bedeutend verschleppt werden, wie denn auch infolge desselben der Beweis der Rechtskraft der Urteile erschwert und unter Umständen unmöglich gemacht werde. Zur Abhilfe wird daher vorgeschlagen, den Prozeßbetrieb, im wesentlichen entsprechend den Vorschriften der früheren württ. C.Pr.O., wieder in die Hand des Gerichts zu legen, auch die Termine in kürzerer Frist nach Einlauf der Schriftsätze zu bestimmen und die Einreichung der letzteren innerhalb einer vom Gericht festzusetzenden Frist unter Androhung des Ansatzes einer Gebühr nach Maßgabe des § 48 der G.K.G. aufzugeben.

Der § 2 wünscht, daß der Kläger, dessen Anwalt nach

der Klagerhebung weggefallen ist, von der Verpflichtung zur Bestellung eines neuen Anwalts lediglich behufs der Klagzurücknahme, der Beklagte von der Verpflichtung zur Vertretung durch einen Anwalt zum Zweck der Anerkennung des Anspruchs des Klägers entbunden werde, und bringt überhaupt die Befreiung vom Anwaltszwang bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem die Notwendigkeit der kontradiktorischen Verhandlung feststeht, in Vorschlag.

Der § 3 bezeichnet als Mängel in den Bestimmungen über das Prozeßkostenwesen, daß der § 87 die Verbindlichkeit zur Tragung der Prozeßkosten lediglich von der Thatsache des Unterliegens in der Hauptsache abhängig mache, daß es für den Fall, daß die Klage nach ihrer Erhebung in der Hauptsache gegenstandslos werde, und daß der Verhängung des Arrests und der Erlassung der einstweiligen Verfügung ein weiteres Verfahren nicht nachfolge, an einer Vorschrift über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten fehle, daß der § 94 die Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt ohne Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung in der Hauptsache auch dann ausschließe, wenn diese Entscheidung nach Erledigung der Hauptsache getroffen werde, und daß die Festsetzung der Kosten (wenigstens nach der Ansicht des Reichsgerichts) sich nicht auf die besonderen einer Partei durch die Prozeßführung erwachsenen Kosten erstrecken dürfe.

Der § 4 befürwortet im Interesse der Reichseinheit die Einführung des Rechtsmittels der Revision gegen Berufungsurteile der Landgerichte an das Oberlandesgericht, der § 5 die Bestimmung weiterer Gerichtsstände in Ehe- und Entmündigungssachen, sowie die Zustellung des die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aussprechenden Beschlusses an den Entmündigten und der § 6 den Ausschluß von Versäumnisurteilen und Urteilen auf Grund Anerkenntnisses bei Statusklagen über eheliche Kindschaft.

In § 7 wird die Vorschrift des § 635, daß der Widerspruch gegen einen Teil des eingeklagten Anspruchs den ganzen

Zahlungsbefehl wirkungslos macht, und des § 631 Abs. 2 für ungerechtfertigt erklärt.

Der § 8 hebt als Härten der C.P.O. gegenüber den beklagten Parteien die Bestimmung des § 650 verglichen mit § 651 und des § 652 hervor, wünscht die Einschränkung der Vorschriften der §§ 649 Z. 4 und 650 auf Versäumnisurteile, und die Ausdehnung der Vorschriften des § 749 Z. 2 und 3 auf Leibgedingsbezüge, Realgemeinde-, Bürger-, Stiftungsnutzungen u. dgl. und mißbilligt die Vorschrift des § 801 Abs. 2.

In § 9 wird die Aufhebung des Pfändungspfandrechts wegen der vielen dadurch veranlaßten Prozesse und wegen der mit demselben für den Schuldner verbundenen Härten zur Erwägung anheimgegeben.

Der § 10 bemängelt die Vorschrift des § 291 Abs. 2.

Endlich hält der Verfasser (§ 11) die Bestimmung des § 266 Abs. 2 nicht für begründet in Fällen, in welchen die Verwerfung der Glaubhaftigkeit zugleich den definitiven Verlust des ganzen Rechtsanspruchs zur Folge hat (z. B. in den Fällen der §§ 214 und 552).

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

51.

Wird ein im Zwangsvollstreckungsweg erfolgender Liegenschaftsverkauf nach der württemb. Subhastationsordnung vom 18. Aug. 1879 perfekt mit der Zeichnung des höchsten Angebots [1]) oder mit der Erteilung des Zuschlagsbescheids [2])? Ist für die Anfechtung des Zuschlagsbescheids der Rechtsweg zulässig? Ist die Vollstreckungsbehörde, auch soweit sie ihre Befugnisse überschreitet, noch gesetzliche Vertreterin des Vollstreckungsschuldners?

In einem bei dem Gemeinderat Hall anhängig gewesenen Subhastationsverfahren hatte im 1. Verkaufstermine vom 19. Dezember 1892 der einzige Kaufsliebhaber W. zum Ver-

1) Zu vgl. Verfügung des K. Justizministeriums zur Vollziehung des Gesetzes vom 18. August 1879 ꝛc. vom 1. Okt. 1879 § 35: „Der Zuschlagsbescheid d. h. der Beschluß, daß ein im Wege der Zwangsvollstreckung verkauftes Grundstück einer bestimmten Person endgültig zugewiesen werde" ꝛc. ꝛc.

2) Vgl. Subh.O. vom 18. Aug. 1879 Art. 15 Abs. 4: „Der Meistbietende bleibt nach Unterzeichnung seines Angebots zum Versteigerungsprotokolle an sein Wort gebunden"

Art. 16 Abs. 2: „Der (spätere bezw. bessere) Käufer bleibt an sein Angebot gebunden, bis ein höheres erfolgt oder die Erteilung des Zuschlagsbescheids verweigert ist."

steigerungsprotokoll ein Angebot von 5000 M. gezeichnet, am 31. desselben Monats aber dem Ratsschreiber und Mitglied der Verkaufskommission in einem Nachtrag zum Versteigerungsprotokoll erklärt, daß er das Angebot Namens des Kaufmanns H. gemacht habe, welch' letzterer dies, das Angebot selbst, die Kaufsbedingungen 2c. gleichfalls zum Versteigerungsprotokoll unterschriftlich bestätigte. Der Zuschlagsbescheid wurde hienach am 13. Jan. 1893 dem Kaufmann H. erteilt und demselben andern Tags eröffnet. Der Vollstreckungsschuldner brachte am 20. Febr. 1893 einen Käufer bei, welcher unter genügender Sicherheitsleistung 5500 M. bot, auch sich hiefür sogleich verbindlich erklärte, und erhob gegen H. Klage auf Ungültigerklärung des Zuschlagsbescheids und Rückgabe der demselben inzwischen tradierten Liegenschaft.

I. Die Civilkammer des K. Landgerichts Hall hat dieser Klage durch Urteil vom 10. Juni 1893 stattgegeben, aus dessen Gründen auszuheben ist:

1. Daß das Verfahren der Vollstreckungsbehörde beim Zwangsverkauf ein ungesetzmäßiges war, steht außer Zweifel. Die Vollstreckungsbehörde durfte das im Verkaufstermin gemachte Angebot des W. auf Grund seiner späteren Erklärung, er habe das Angebot für H. gemacht, auch wenn dies dem wahren Sachverhalt entsprechen würde, nicht einfach ignorieren. Das W.'sche Angebot bestand, da W. der Verkaufskommission gegenüber nicht als Bevollmächtigter des H. aufgetreten war, nach wie vor zu Recht, während umgekehrt das Angebot des Beklagten, falls es, was übrigens nicht zutrifft, als neues,

---

Art. 18 Abs. 2: „In dem Zuschlagsbescheide sind die Art und Fristen der Zahlung des Kaufschillings 2c. 2c. aufzunehmen."

Art. 19: „Wenn nach den vorstehenden Bestimmungen der Verkauf zu Stande gekommen ist, so ist der Kontrakt auch für den Käufer vor dem Eintritt des gerichtlichen Erkenntnisses bindend".

Art. 20: „Erfolgt vor Eröffnung (im Entwurf: „Erteilung") des Zuschlagbescheids an den Käufer die baare und vollständige Befriedigung der Gläubiger 2c. 2c., so wird der Verkauf rückgängig gemacht und das Verfahren unter Benachrichtigung .... des Käufers aufgehoben."

selbstständiges Angebot gemacht war, schon aus dem formellen Grund, weil es das W.'sche Angebot nicht überstieg, der rechtlichen Wirksamkeit entbehrte. Die Vollstreckungsbehörde mußte daher, nachdem innerhalb der zweiwöchigen Frist seit dem ersten Verkaufstermin ein höheres Angebot nicht gemacht war, den Zuschlag, ohne der Erklärung vom 31. Dezember irgend welche Beachtung zu schenken, an W. erteilen.

a) Würde der Mißgriff der Vollstreckungsbehörde eine Anfechtung des Zwangsverkaufs auf Grund des Art. 29 der Subhast.-O. begründen, so wäre der vom Beklagten der Klage entgegengesetzten Verjährungseinrede stattzugeben ꝛc. ꝛc. — Indessen ist

b) der angegebene Mangel des Vollstreckungsverfahrens nicht von der Art, daß er die Anfechtung des Zwangsverkaufs auf der Grundlage des Art. 29 der Subh.-O. rechtfertigen würde, weshalb die Fristen des Art. 29 überhaupt nicht Platz greifen [1]). Die Anfechtung auf Grund des Art. 29 findet statt wegen Verletzung von Förmlichkeiten der Subh.-O. und wegen Nichtbeachtung der auf dieſem Geſetze beruhenden Rechte des Schuldners oder der Gläubiger [2]). Um eine Verletzung bloſer Förmlichkeiten handelt es sich nun vorliegendenfalls zweifellos nicht, ebensowenig aber um Nichtbeachtung von in der Subh.-O. begründeten Rechten des Schuldners. Der Gesetzgeber hat hiebei, wie die als Bedingung der Zulässigkeit der Anfechtungsklage aus Art. 29 erforderte „gleichzeitige Beibringung eines besseren Käufers" beweist, die Verletzung von Vorschriften im Auge, welche die Erzielung eines möglichst günstigen Erlöses gewährleisten sollen. Solche Vorschriften sind aber nicht verletzt. Das Verkaufsergebnis wäre kein anderes geworden, wenn die Vollstreckungsbehörde den bekannten Verstoß nicht gemacht hätte. Denn auf einen zweiten Verkaufstermin hatte der Schuldner, da im ersten Termin ein gültiges Angebot gemacht wurde und innerhalb der zwei-

1) Vergl. Gaupp, Anhang II. zum Komm. zur C.P.O. 2. Aufl. S. 86.

2) S. Gaupp, a. a. O.

wöchigen Frist ein höheres Angebot nicht nachfolgte, keinen Anspruch. Der Zuschlag des Kaufes an den Beklagten statt an W. war für den Käufer, da der Kaufpreis und die Kaufsbedingungen gleich waren und nicht behauptet ist, daß der Beklagte ein schlechterer Zahler sei als W., ein an sich gleichgültiges Ereignis.

2. Kläger behauptet ferner die Ungültigkeit des Zwangsverkaufs wegen Verletzung der Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes. Die Frage, ob ein solcher außerhalb des Rahmens der Subh.-O. liegender Anfechtungsgrund zutrifft, hängt von der rechtlichen Beurteilung ab, die einerseits den Verhandlungen der Verkaufskommission mit den Steigerern, andrerseits dem Zuschlagsbescheid der Vollstreckungsbehörde zu Teil wird.

a) Es ist die Auffassung möglich, das Angebot des Steigerers sei eine an die Adresse der Vollstreckungsbehörde gerichtete Offerte, welche durch den Zuschlagsbescheid der letzteren angenommen und damit zum Vertrage wird. Bei dieser Auffassung ist die Thätigkeit der Verkaufskommission eine ganz äußerliche: sie nimmt die Vertragsofferte der Steigerer nicht an, sondern entgegen; als Kontrahentin funktioniert nicht sie, sondern die Vollstreckungsbehörde. Geht man von dieser Rechtsanschauung aus, so ist vorliegend ein Verstoß gegen das Liegenschaftsgesetz nirgends zu erkennen. Es wäre dann gleichgültig, ob die Verkaufskommission das Versteigerungsprotokoll mit dem schriftlichen Angebot das H. unterzeichnete oder auch nur Kenntnis davon hatte. Erforderlich wäre nur die Unterzeichnung des Angebots durch H. und die Unterzeichnung des mit Datum versehenen Zuschlagsbescheids durch den Gemeinderat. Das Versteigerungsprotokoll und das demselben angehängte Protokoll über das Angebot des H. würde in Verbindung mit dem schriftlichen Zuschlagsbescheid die Urkunde darstellen, durch welche der Liegenschaftskauf nach dem Gesetz vom 23. Juni 1853 rechtliche Existenz gewinnt. Dieser Auffassung ist aber

b) eine zweite gegenüber zu stellen, wonach das Angebot des Steigerers als die Annahmeerklärung eines von der Ver-

kaufskommiſſion ausgehenden Vertragsanerbietens erſcheint, durch welche der Kauf, wenn auch nicht endgültig, zu Stande kommt. Nach dieſer Annahme wäre der Verkauf von der Kommiſſion und dem Bieter unter der Bedingung geſchloſſen, daß ein höheres Angebot nicht nachfolgt, und das ganze Geſchäft unterläge der Genehmigung des Gemeinderats, welche durch den Zuſchlagsbeſcheid erteilt würde, ohne daß übrigens der Meiſtbietende ein wohlerworbenes, klagbares Recht auf Erteilung des Zuſchlags hätte. Der Zuſchlagsbeſcheid würde hier einen bereits exiſtierenden, wenn auch noch in Schwebe befindlichen Kauf zwiſchen dem Meiſtbietenden und der Verkaufskommiſſion vorausſetzen, auf welchen die Beſtimmungen des Liegenſchaftsgeſetzes Anwendung zu finden hätten, während andrerſeits der Zuſchlagsbeſcheid als bloßer Genehmigungsakt dieſen Vorſchriften nicht unterworfen wäre [1]).

Die Anwendung dieſer Grundſätze (sub lit. b) auf den vorliegenden Fall ergäbe allerdings eine Verletzung des Art. 1 des Liegenſchaftsgeſetzes. Denn, wenn auch die Verkaufskommiſſion, was möglich und wahrſcheinlich iſt, von dem Angebot des H. Kenntnis hatte und mit demſelben einverſtanden war, ſo hat ſie jedenfalls dieſes Angebot nicht unterzeichnet, einen ſchriftlichen Kaufvertrag mit H. nicht abgeſchloſſen. Dieſer die Nichtigkeit des Kaufs begründende Mangel könnte durch den ſchriftlichen Zuſchlagsbeſcheid der Vollſtreckungsbehörde, auch wenn dieſer von den Mitgliedern der Verkaufskommiſſion — was nicht zutrifft — unterzeichnet wäre, nicht beſeitigt werden.

Die Civilkammer hat ſich auf den unter lit. b dargelegten Rechtsſtandpunkt geſtellt aus folgenden Gründen:

1. Nach Art. 29 der Subhaſt.-O. läuft die einmonatliche Friſt der hier geregelten Anfechtung des Zwangsverkaufs von dem Tage, an welchem der Beteiligte von dem Ergebnis der Aufſtreichsverhandlung Kenntnis erhalten hat, alſo regelmäßig nicht erſt mit der Bekanntgabe des Zuſchlags-

1) Vergl. Windſcheid, Pand. 7. Aufl. § 74 Nr. 5; württ. Arch. XIV. 377.

beſcheids [1]). Die Gläubiger oder der Schuldner können daher, wenn ſich die Erteilung des Zuſchlags aus irgend welchem Grund über die Friſt des Art. 18 der Subh.-O. hinaus verzögert, in die Lage kommen, die Anfechtungsklage vor Erteilung des Zuſchlagsbeſcheids erheben zu müſſen. Damit iſt aber, da Gegenſtand der Anfechtung auch in dieſem Fall der Zwangsverkauf iſt (ſ. Art. 29), die Anſchauung zum Ausdruck gebracht, daß ſchon vor dem Zuſchlag durch die Verhandlung der Verkaufskommiſſion mit dem Meiſtbietenden ein Vertrag zu Stande gekommen iſt. Dem entſpricht auch

2. die in der Vollzugsinſtruktion zur Subh.-O. § 35 nach dem Vorgang des § 11 der Vollzugsinſtruktion zur Exekutionsnovelle von 1855 gegebene Begriffsbeſtimmung, worin der Zuſchlagsbeſcheid bezeichnet wird als „der Beſchluß, daß ein im Weg der Zwangsvollſtreckung verkauftes Grundſtück einer beſtimmten Perſon als Erſteigerer endgültig zugewieſen wird“. Die Inſtruktion redet von einem bereits verkauften, nicht von einem zu verkaufenden Grundſtück und das Wort „endgültig“ weiſt darauf hin, daß im Sinne der Inſtruktion der Bieter ſchon vor dem Zuſchlag ein proviſoriſches Recht auf den Vertragsgegenſtand habe, daß alſo bereits mehr vorliegt, als eine bloße mit der Beſonderheit der Unwiderruflichkeit ausgeſtellte Vertragsofferte [2]).

3. Weiter iſt für die hier vertretene Auffaſſung anzuführen die Bemerkung der Motive zu Abſ. 4 des Art. 15 der Subh.-O. Dort iſt geſagt, „der Abſ. 4 erſetze den Art. 60 des Exekutionsgeſetzes vom 15. April 1825. Hiebei könne dahin geſtellt bleiben, ob der Art. 1 des Liegenſchaftsgeſetzes überhaupt auf Offerte bei Verſteigerungen anwendbar wäre; es diene jedenfalls zur Abſchneidung von Weiterungen und Streitigkeiten, wenn, wie der Entwurf vorſchlage, die bindende Kraft des Meiſtgebots erſt mit deſſen Unterzeichnung eintreten ſolle“. Dächten ſich die Motive die Erklärung des Meiſtbietenden als Vertragsanerbieten, ſo wäre die Er-

1) Nick, Zwangsvollſtr. S. 113.

2) Zu vgl. auch württ. Arch. III. S. 170.

wähnung des Liegenschaftsgesetzes in dem angeführten Zusammenhang nicht zu verstehen, da dieses Gesetz für den Satz, der Meistbietende sei an sein Angebot — dieses als Vertragsofferte im technischen Sinne gedacht — erst mit dessen Unterzeichnung gebunden, nicht den geringsten Anhalt bietet. Das Liegenschaftsgesetz enthält über die Verbindlichkeit der Offerte zu Liegenschaftsveräußerungsverträgen, über den Beginn und die Dauer der Gebundenheit des Offerenten keinerlei Bestimmungen.

Diesen Erwägungen gegenüber kann dem aus Artikel 4 des Liegenschaftsgesetzes entlehnten, anscheinend für die gegenteilige Ansicht sprechenden Wortlaut der Subh.-O. Art. 13, wonach die Aufstreichsverhandlung unter „Leitung" der Verkaufskommission vor sich gehen muß, kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Hieraus ist nicht zu folgern, daß die Funktion der Verkaufskommission eine rein äußerliche sei, nur darin bestehe, den Aufstreich zu überwachen, die Erklärungen der Bieter zu Protokoll zu nehmen ꝛc. — Die Verkaufskommission stellt die Verkaufsbedingungen innerhalb der gesetzlichen Schranken nach freiem Ermessen fest, befindet darüber, ob und welche Sicherheit von dem Bieter zu verlangen sei ꝛc. Dies sind Funktionen, wie sie dem Kontrahenten oder dessen Bevollmächtigtem zukommen. Auch die Bezeichnung der Kommission als „Verkaufskommission" deutet in natürlicher Auslegung darauf hin, daß ihr Beruf im „Verkaufen" besteht, was nicht ausschließt, daß der Vollstreckungsbehörde, in deren Namen (mittelbar also des Schuldners) die Verkaufskommission handelt, die schließliche Genehmigung des von der Kommission abgeschlossenen Kaufs vorbehalten bleibt [1]).

4. Ist hienach der Zwangsverkauf (jedenfalls) wegen Verletzung des § 1 des Liegenschaftsgesetzes nichtig so, ... hatte das Gericht zur Erörterung der Frage keinen Anlaß, ob die Vollstreckungsbehörde durch die Erteilung des Zuschlags

1) Zu vergl. Gaupp, a. a. O. S. 75 bei Note 23; Boscher, Ztschr. f. fr. G. Bd. 18 S. 33 ff., Bd. 17 S. 138 ff.; Rick, a. a. O. S. 77; Lang, Sachenrecht 2. Aufl. § 53, Note 16.

an einen Nichtsteigerer ihre gesetzlichen Befugnisse dergestalt überschritten habe, daß sie als in gesetzlicher Vertretung des Schuldners handelnd gar nicht mehr anzusehen war.

II. In zweiter Instanz wurde dieses Urteil abgeändert und die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen:

1. Die auf Ungültigerklärung des dem Beklagten erteilten Zuschlagsbescheids und auf Rückgabe des mit diesem Zuschlagsbescheid an den Beklagten verkauften Hauses des Klägers an letzteren — gerichtete Klage ist thatsächlich darauf gestützt, daß in dem Versteigerungstermin vom 19. Dez. 1892 ein Angebot weder von dem Beklagten selbst, noch in und auf dessen Namen gemacht, der Zuschlag an den Beklagten vielmehr lediglich erfolgt sei auf Grund des erst nachgehends am 31. Dez. 1892 — an Stelle des bisherigen Angebots des Litisdaten W. — vor dem Ratsschreiber zum Versteigerungsprotokoll erklärten Angebots des Beklagten, welches ein Mehrgebot nicht enthalten habe; rechtlich darauf, daß der so bewerkstelligte Verkauf nichtig sei wegen Verstoßes gegen die Vorschriften sowohl der Subhastationsordnung vom 18. Aug. 1879, als des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853.

2. Zunächst ist nun nicht abzusehen, inwiefern dieser Klage gegenüber die von dem Beklagten vorgeschützte Rüge der Unzulässigkeit des Rechtswegs zutreffen sollte. Die auf die Rückgabe des Hauses gestützte Leistungsklage gründet sich auf die Nichtigkeit der — der Uebergabe des Hauses an den Kläger zu Eigentum — zu Grunde liegenden causa, mag als solche nun der Zuschlagsbescheid für sich oder der Zwangsverkauf überhaupt bezeichnet werden und möchte die Anfechtung dieser causa für sich allein auch auf dem Weg außergerichtlicher Beschwerde zulässig oder gar auf diesen Weg zu verweisen sein oder gewesen sein [1]).

Die Klage karakterisiert sich hienach überall als (privatrechtliche) condictio sine causa.

3. Was nun die Anfechtung des Verkaufs wegen Ver-

1) Zu vgl. Gaupp, a. a. O. S. 77 unten und S. 86.

stoßes gegen die Vorschriften der Subh.-O. bezw. auf Grund der Thatsache, daß Einem, der nicht gesteigert hatte, der Zuschlag erteilt worden sei, anlangt, so ist schon vom Unterrichter dargelegt, daß zwar nach Sachlage der Zuschlagsbescheid einzig dem Litisdaten W. hätte erteilt werden können und sollen, indem nur von Seiten dieses ein im Versteigerungstermin selbst gemachtes (höchstes) Angebot vorlag, zugleich hat der Unterrichter aber auch in zutreffender Weise ausgeführt, daß eine Anfechtung des Verkaufs aus diesem Gesichtspunkt d. h. wegen Verstoßes gegen die Artt. 13 Abs. 1 Satz 1 und 16 Abs. 1—4 der Subh.-O. schon wegen Ablaufs der in Art. 29 das. gesetzten Frist unzulässig ist. Zugleich erhellt, daß mit der in Art. 29 l. c. „im Interesse der Rechtssicherheit"[1]) vorgesehenen zeitlichen Begrenzung der Anfechtung jede Anfechtung wegen Verstoßes gegen die Vorschriften dieses Gesetzes getroffen werden wollte und getroffen worden ist, und daß daher dem Kläger auch die auf denselben Verstoß wider die Vorschriften der Subh.-O. sich stützende Berufung darauf Nichts zu nützen vermag, daß die Vollstreckungsbehörde mit der Erteilung des Zuschlagbescheids an den Beklagten ihre gesetzlichen Befugnisse überschritten habe.

4. Nicht getroffen durch den Art. 29 der Subh.-O. ist hingegen eine Anfechtung des Verkaufs, welche sich auf den Verstoß gegen anderweite, der Subh.-O. nicht besonders eigentümliche Gesetzesvorschriften gründet, wie insbesondere eine Anfechtung wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853[2]).

In dieser Beziehung mag nun zuvörderst bemerkt werden, daß die Thatsache, daß der Verkauf resp. der Zuschlagsbescheid an eine Person erfolgte, welche nicht vor der Verkaufskommission ihr Angebot gemacht hatte, wenn je Angesichts der Art. 13 Abs. 1 bezw. 16 Abs. 4 der Subh.-O. zu einem selbst-

1) S. Mot. zu Art. 28 des Entw. und Bericht der Justizkommission der Kammer der Abg. in den Verh. der Kammer der Abg. 1878 I. Beil.-Band Beil. 123 S. 11 und Beil. 130 S. 16.

2) S. auch Gaupp, a. a. O. S. 86 bei und in Note 48.

ständigen Angriff aus Art. 4 des Liegenschaftsgesetzes geeignet, gemäß dem Schlußsatz daselbst lediglich dem Käufer ein Rücktrittsrecht zu gewähren, also auch hier dem Kläger, Verkäufer, Nichts zu nützen vermöchte. Wohl aber hat der Unterrichter die Anfechtung wegen Verstoßes gegen die Art. 1—3 des Liegenschaftsgesetzes deshalb für begründet erkannt, weil als Verkäuferin Namens des Schuldners nicht etwa die Vollstreckungsbehörde, sondern die von dieser bestellte Verkaufskommission dem Steigerer gegenüber auftrete und mit diesem kontrahiere, und weil ein dem Beklagten gegenüber schriftlich erklärter Verkaufswille dieser Kommission nicht vorliege. Hiebei geht in grundlegender Weise der Unterrichter davon aus, daß die Versteigerung nach Maßgabe unserer Subh.-O. in dem Sinne stattfinde, daß der Vertrag sofort mit der Abgabe eines jeden Gebots — jedoch unter der aufschiebenden Bedingung als geschlossen zu betrachten sei, daß nicht von einem anderen ein besseres Gebot erfolge, nicht aber in dem Sinne, daß der Vertrag erst mit der Akzeptation eines der Angebote bezw. mit dem Zuschlag Seitens des Versteigerers zu Stande komme [1]).

Nur die letztere Konstruktion entspricht indes, was gerade Zwangs-Versteigerungen anlangt, dem bisherigen, in konstanter Praxis des vormaligen Obertribunals festgehaltenen württemb. Recht [2]), und dafür, daß dieses Recht durch die Subh.-O. vom 18. Aug. 1879 abgeändert worden wäre oder auch nur hätte abgeändert werden wollen, fehlt es nicht bloß an jedem zureichenden Anhaltspunkt im Entwurf — der bloße Wortlaut des zudem in der Folge amendierten Art. 19 [3]) desselben reicht hiefür keinenfalls aus — in den Motiven und in den sonstigen Materialien dieses Gesetzes, vielmehr sprechen Sinn und Wortlaut des Gesetzes selbst geradezu für das Gegenteil.

---

1) Zu vgl. hiezu Windscheid, Pand. § 308 bei und in Note 11 und 15.

2) S. württ. Arch. IX. S. 399 vgl. mit III. S. 170, lit. b bei und in Note 34 und lit. d—f.

3) Jetzt Art. 20; s. oben S. 252.

Zunächst ist festzustellen, daß die Vollstreckungsbehörde als „ausführendes“ (Subh.-O. Art. 1 Abs. 1) Vollstreckungsorgan beim Angriff des unbeweglichen Vermögens nicht minder auswählt (zu vergl. Art. 7 Abs. 1) und verkauft, als der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan beim Angriff des beweglichen Vermögens auszuwählen und zu verkaufen hat. Sie bestellt daher die wegen der vorgeschriebenen Form des Aufstreichs gemäß Art. 4 des Ges. vom 23. Juni 1853 erforderliche Verkaufskommission, welche die Versteigerung leitet, insbesondere die Verkaufsbedingungen festsetzt, zur Steigerung ausbietet, über die zu leistende Sicherheit entscheidet und das Angebot des Meistbietenden urkundlich entgegennimmt [1]).

In welchem Sinn letzteres geschieht, ergiebt sich aus Art. 15 Abs. 4 in Verbindung mit dem Art. 16 Abs. 2, 18, 19 und 20 des Gesetzes. Nach Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 2 [2]) bleibt der Käufer an sein „Angebot“ gebunden, bis ein höheres erfolgt oder die Erteilung des Zuschlagsbescheids verweigert ist; angenommen im technischen Sinne wird sein Angebot mithin erst mit Erteilung des Zuschlagsbescheids von der hiefür einzig berufenen, bis dahin in keiner Weise vertragsmäßig [3]) gebundenen Vollstreckungsbehörde, nicht von der Verkaufskommission, und „zu Stande gekommen“ (Art. 19 vgl. mit Art. 18) ist mithin der Verkauf mit Erteilung des Zuschlagsbescheids d. i. im Zeitpunkt der urkundlich gemachten Annahme des Angebots Seitens der Verkäuferin, der Vollstreckungsbehörde, unter der einzigen gesetzlichen Resolutiv-Bedingung des Art. 20, wonach „der Verkauf rückgängig gemacht wird“, wenn noch „vor Eröffnung“ (nicht vor „Erteilung“) des Zuschlagbescheids an den Käufer die Befriedigung der Vollstreckungsgläubiger ꝛc. ꝛc. nachgewiesen wird.

Wenn in § 35 der Vollziehungsverfügung zur Subh.-O. vom 1. Okt. 1879 gesagt ist, der Zuschlagsbescheid sei der Be-

1) Subh.O. Art. 13 Abs. 2, Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 u. 3.
2) S. S. 251 oben.
3) Vergl. Windscheid, a. a. O. Note 12.

ſchluß, daß „ein im Wege der Zwangsvollſtreckung verkauftes Grundſtück einer beſtimmten Perſon als Erſteigerer endgültig zugewieſen (zugeſchlagen) werde, ſo kann dem Worte „verkauftes" (ähnlich, wie in der Mitteilung im württ. Arch. III. S. 170 lit. a den Worten „einen im Vollſtreckungsweg vorgenommenen Verkauf") ein anderer Sinn als gleich „zum Verkauf (d. i. zur Verſteigerung) gebrachtes" um ſo weniger unterſtellt werden, als die letzteren Worte ſchon in § 11 der zur Exekutions-Novelle vom 13. Nov. 1885 ergangenen Vollz.-Verfügung vom 12. Dez. 1885 ſtatt des Ausdrucks „verkauftes" gebraucht ſind und als ein Verſuch, weiter zu gehen und dem Zuſchlagsbeſcheid einen unter der Suſpenſivbedingung desſelben bereits perfekt gewordenen Verkauf zu unterſtellen [1]), durch den in Art. 19 der Subh.-O. vom Jahre 1879 ausgeſprochenen Satz, den die Exekutions-Novelle von 1855 nicht einmal ausgeſprochen bzw. auszuſprechen für nötig befunden hatte, durch den Satz nämlich:

> „Wenn nach den vorſtehenden (insbeſondere alſo nach den in Art. 18 für die Erteilung des Zuſchlagsbeſcheids gegebenen) Beſtimmungen der Verkauf zu Stande gekommen iſt"

jedenfalls ausgeſchloſſen ſein würde.

Wenn weiterhin in den Motiven zu Art. 15 Abſ. 4 der Subh.-O., welcher lautet: „der Meiſtbietende bleibt nach Unterzeichnung ſeines Angebots zum Verſteigerungsprotokoll an ſein Wort gebunden", nach den einleitenden Worten: „Dieſer Abſ. 4 erſetze den Art. 60 Abſ. 1 des Exekutions-Geſetzes vom 15. April 1825" [2]) — fortgefahren wird: „Hiebei kann dahin geſtellt bleiben, ob der Art. 1 des Geſ. vom 23. Juni 1853 überhaupt auf Offerte bei Verſteigerungen anwendbar wäre; es wird jedenfalls zur Abſchneidung von Weiterungen und Streitigkeiten dienen, wenn, wie der Entwurf vorſchlägt, die bindende Kraft des Meiſtgebots erſt mit deſſen Unter-

---

1) Zu vgl. Boſcher, Zeitſchr. Bd. XVIII. S. 42 f. 46 f.

2) Dieſer hatte ſchlechthin gedruckt: „Der Lizitant bleibt ... an ſein Wort gebunden".

zeichnung eintreten soll [1]) und wenn hiezu von der Justizkommission der Kammer der Abgeordneten [2]) bemerkt worden ist: „Abs. 4 entscheidet eine Controverse, welche bisher aus Art. 1 des Ges. vom 23. Juni 1853 gefolgert wurde" — so dient All' das lediglich zur Bestätigung der seitherigen rechtlichen Auffassung bezüglich der Zwangsversteigerung. Mit den Worten „Offerte bei Versteigerungen ꝛc." gehen die Motive doch augenscheinlich von einer Offerte des Käufers und Steigerers und von der Gebundenheit des letzteren hieran aus, nicht aber von der vom Unterrichter angenommenen Konstruktion, wonach die Verkaufskommission die Offerte mache und der Steigerer solche mit seinem Angebot akzeptiere. Mit Unrecht erachtet der Unterrichter die erstere Auffassung als unvereinbar mit jener Erwähnung des Liegenschaftsgesetzes in den Motiven. Der Gedanke der Motive ist folgender: Ob Art. 1. des Ges. vom 23. Juni 1853 auf Offerte bei Versteigerungen überhaupt anwendbar sein sollte (wesfalls schon aus diesem Grunde die Offerte schriftlich unter Einhaltung der Vorschriften des Art. 2 das. gemacht werden müßte), kann dahingestellt bleiben; „jedenfalls" kann die (neue) Vorschrift, daß die Offerte, um bindend zu sein, zum Versteigerungsprotokoll (welches gemäß Abs. 1 Ziff. 1 und 2 desselben Art. 15 der Subh.-O. die zum Verkauf bestimmte Liegenschaft nebst den Verkaufsbedingungen zu enthalten hat) von dem Lizitanten unterzeichnet sein müsse, Nichts schaden, empfiehlt sich vielmehr „jedenfalls" behufs Abschneidung von Weiterungen und Streitigkeiten. — Es wollte also im Gegenteil unter Entscheidung (bzw. Eliminierung) der bisherigen Controverse Fürsorge auch für den dahingestellt belassenen Fall getroffen werden, daß Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 auf Offerten bei Versteigerungen Anwendung zu erleiden haben sollte.

Unschlüssig für seine Konstruktion ist endlich auch die Argumentation des Unterrichters aus Art. 29 der Subh.-O.,

1) S. Verh. der Kammer der Abg. 1878 I. Beil.-Band. Beil. 133 S. 8.

2) S. ebendas. Beil. 130 S. 11.

welche dahin geht: Weil hier (in Art. 29) die einmonatliche Frist zu Anfechtung eines Zwangsverkaufs schlechthin von dem Tage ab in Lauf gesetzt werde, an welchem der Beteiligte Kenntnis von dem Ergebnis der Aufstreichsverhandlung erlangt habe, so könne der Beteiligte in die Lage kommen, die Anfechtungsklage vor Erteilung des aus irgend welchem Grund sich verzögernden Zuschlagsbescheids erheben zu müssen. Da aber Gegenstand der Anfechtung auch in diesem Fall ein „Zwangsverkauf" (Art. 29 cit.) sei, so ergebe sich die Anschauung des Gesetzgebers, daß schon vor dem Zuschlag ein Vertrag zu Stande gekommen sei. Allein ganz abgesehen davon, daß der Beteiligte nirgends gehindert ist, die Gesetzlichkeit des bisherigen Verfahrens schon vor Erteilung des Zuschlagsbescheids behufs Verhinderung desselben bei der Vollstreckungsbehörde und eventuell selbst beim Vollstreckungsgericht geltend zu machen [1]), so ist doch wohl selbstredend, daß der Gesetzgeber in Art. 29 cit. davon ausgeht, daß der Zuschlagsbescheid innerhalb der gesetzlichen Frist des Art. 18, mithin (cf. Art. 16 Abs. 3 und 4) überall spätestens innerhalb 4 Wochen nach dem maßgebenden Aufstreich und damit jedenfalls innerhalb der einmonatlichen Frist des Art. 29 cit. erteilt sein werde.

Kommt aber nach dem Ausgeführten der Zwangsvollstreckungsverkauf erst mit dem das Angebot des Käufers akzeptierenden Zuschlagsbescheid der Vollstreckungsbehörde zu Staude, so liegt keinerlei Verstoß gegen das Gesetz vom 23. Juni 1853 im gegenwärtigen Fall vor, in welchem das der Form des Art. 2 dieses Gesetzes genügende Kaufsanerbieten des Beklagten vom 31. Dez. 1892 zu Folge des gleichfalls der Form des alleg. Art. 2 entsprechenden Zuschlagsbescheids der Vollstreckungsbehörde, als Verkäuferin Namens des Eigentümers, zum perfekten Kauf geworden ist und als solcher Geltung hätte, selbst ohne die urkundliche Eröffnung des Zuschlagsbescheids an den Beklagten [2]). Keinenfalls wird also vorliegend erst mit

1) S. auch Gaupp, a. a. O. S. 77 unten.

2) Arg. Subh.O. Art. 20; zu vgl. Windscheid, Pand. § 306 bei Note 5 und 11.

dieſer Eröffnungsurkunde[1]), ſondern in durch das Geſetz vom 23. Juni 1853 nicht ausgeſchloſſener Weiſe[2]) ſchon mit dem Kaufsanerbieten vom 31. Dez. 1893 der Käuferwille des Beklagten als erklärt erachtet. —.

5. Dem Ausgeführten zu Folge ꝛc ꝛc.

Urteil des 2. Civilſenats vom 21. Dezember 1893 in Sachen Hettinger c. Veitinger[3]).

52.

Wirkung eines Vergleichs über die Ausübung des Miteigentums gegen Sonderrechtsnachfolger.

Kläger und Beklagter ſind Eigentümer je eines Teils eines Hauſes in B., das früher im Alleineigentum des F. Hommel ſtand. Letzterer hat 1875 an den Beklagten einen nach Stockwerk und einzelnen Gelaſſen beſtimmten Teil des Hauſes verkauft. Beklagter benützt den in ſeinem Hausanteil befindlichen Holzlagerraum als Gaiſenſtall und führt die Gaiſen durch den gemeinſchaftlichen Hausöhrn. Hommel wollte dies nicht dulden und es kam 1884 zwiſchen ihm und dem Beklagten zu einem Prozeß, der durch einen Vergleich des Inhalts beendigt wurde, daß Hommel gegen die Verpflichtung des Beklagten zu gewiſſen baulichen Veränderungen ſeinen Widerſpruch gegen die Benützung des Holzlagerraums als Gaiſenſtall fallen ließ. 1893 hat Hommel die ihm gehörige Liegenſchaft „wie er ſie beſeſſen", an den Kl. verkauft. Kl. erhob Klage gegen den Bekl. mit dem Antrag: feſtzuſtellen, daß der Bekl. nicht befugt ſei, den Holzlagerraum als Gaiſenſtall zu benützen und Gaiſen durch den gemeinſchaftlichen Hausöhrn zu führen. Die Klage wurde abgewieſen.

---

1) Zu vgl. württ. Ger.-Blatt IX. S. 380 f.

2) S. württ. Ger.-Blatt XIII. 144; XV, 375. Lang, Sachenrecht I. S. 286.

3) Die gegen dieſes Urteil eingelegte Reviſion wurde in der Folge zurückgenommen.

In den

Gründen

wird zunächst ausgeführt, daß der Antrag, dem Beklagten die Benützung des Holzstalls als Gaisenstall abzusprechen, jedenfalls unbegründet sei, und sodann bemerkt: soweit Kläger den erhobenen Anspruch auf sein Miteigentum an dem Oehrn stütze, komme die Bedeutung und Rechtswirkung des Vergleichs von 1884 in Frage. „In diesem Vergleich ist allerdings von der Durchführung der Ziegen durch den Hausöhrn nicht ausdrücklich die Rede, aber die Erlaubnis zu dieser Benützung des gemeinschaftlichen Hausöhrns war in der Errichtung und Belassung des Gaisenstalles notwendig und selbstverständlich mit inbegriffen. Wie aus dem Lageplan ersichtlich, übrigens von dem Kläger selbst vorgebracht worden, ist ein anderer Weg von und zu dem Gaisenstall als durch den Hausöhrn nicht vorhanden; der Beklagte hatte von Anfang an seine Ziegen durch den Oehrn und Gang geführt; die Herstellung eines anderweitigen Zugangs, welche wohl nur mittels umständlicher baulicher Veränderung möglich wäre, ist dem Beklagten nirgends anbedungen worden und so war dem Beklagten mit dem Ziegenstall auch jenes Durchführen gestattet.

Zwischen den damaligen Parteien konnte also, nachdem sie, wie geschehen, sich verglichen hatten, die Benützung des Holzstalles als Gaisenstalles und der Gebrauch des Hausöhrns zu dem mehrerwähnten Zweck nicht mehr, was die Berechtigung des Beklagten an sich betraf, in Streit gezogen werden. Fr. Hommel durfte nurmehr Erfüllung des Vergleichs, die Ausführung der dem Beklagten hiernach obliegenden Maßregeln beanspruchen.

An jenen Vergleich aber ist auch der Kläger als Rechtsnachfolger des Hommel im Miteigentum (— wenn auch nicht, was dahin stehen mag, als Nachfolger im Sondereigentum —) gebunden.

Es kann unentschieden bleiben, ob einem Vergleich allgemein Wirkung über die Paciszenten hinaus auch auf Sonderrechtsnachfolger derselben zukommt und weiter, ob eine Ver-

einbarung zwischen Miteigentümern über Regelung des Gebrauchs der gemeinschaftlichen Sache auch sonst mit dinglicher Wirkung getroffen werden kann[1]).

Denn zweifellos ist einem Vergleich oder einer Vereinbarung zwischen Miteigentümern, wodurch die Ausübung des Miteigentums in bestimmter Weise bleibend — für die Dauer der Gemeinschaft — geregelt werden soll, in dem Falle Rechtsverbindlichkeit auch für die Singularsuccessoren beizulegen, wenn hierdurch eine dauernde Einrichtung auf der gemeinschaftlichen Sache zugelassen worden ist.

Nach l. 28 Dig. comm. divid. 10. 3 kann ein Miteigentümer, welcher in der Lage war, gegen eine von dem anderen Miteigentümer auf der gemeinschaftlichen Sache vorgenommene Anlage Widerspruch zu erheben, diese Vornahme aber widerspruchslos geschehen ließ, nachher nicht mehr Widerherstellung des früheren Zustandes verlangen. Und es darf alsdann auch der Sondernachfolger des Miteigentümers einen Widerspruch gegen den bestehenden Zustand nicht mehr erheben, er ist in die durch die Einrichtung und deren Zulassung geschaffene Regelung des Rechtsverhältnisses eingetreten und sein Rechtsvorgänger konnte ihm nicht mehr Rechte übertragen als er selbst hatte[2]).

Das Gleiche muß um so mehr dann gelten, wenn der Miteigentümer auf sein Widerspruchsrecht vertragsmäßig verzichtet, die Anlage ausdrücklich gestattet oder vergleichsweise zu derselben eingewilligt hat.

Das Gesetz unterstellt nun am angeführten Ort allerdings ein »opus« auf der gemeinschaftlichen Sache, also eine Vorrichtung, durch welche auf die Substanz dieser Sache eingewirkt

1) Vgl. Württ. Archiv Bd. XII. S. 336 mit Bd. XIII. S. 195. 219. Kohler in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 18 S. 397. Rümelin, Teilung der Rechte S. 517.

2) Vgl. Dernburg, Pand. I. § 196 S. 487 § 197 S. 458. Lang, Sachen-R. I. § 30 S. 178 Z. 1 Nr. 6a. Seuffert, Archiv Bd. 34 Nr. 9; Bd. 36 Nr. 261. Württ. Gerichtsblatt XV. S. 271 f. Jahrbücher der W. Rechtspflege Bd. IV. S. 25. S. 33 f.

wird; und vorliegend ist auf dem gemeinschaftlichen Hausöhrn, wenn nur dieser allein in Betracht käme, ein solches opus nicht errichtet. Aber es ist mit Zulassung des früheren Miteigentümers Hommel eine dauernde Einrichtung auf und an Gebäudeteilen getroffen worden, welche mit dem gemeinschaftlichen Hausöhrn in Verbindung stehen, zum Teil zwar im Alleineigentum des Beklagten, teilweise aber auch im Miteigentum der Parteien sich befinden; eine Einrichtung, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch diejenige Benützung des Hausöhrns, gegen welche die Klage sich richtet, zur notwendigen Voraussetzung hat. Der vormalige Holzstall ist von dem Beklagten zu einem Ziegenstall eingerichtet worden — er ist seit langen Jahren nicht mehr „Holzlagerraum", wie ihn der Kläger noch jetzt benennen will. In dem Stall hat der Beklagte eine Güllengrube in die Erde — die gemeinschaftliche area — gegraben, welche er nach dem Vergleiche zu betonieren hatte. Nach diesem Vergleich war weiter eine solide Scheidemauer aufzuführen, welche, sofern sie beiderseitigen Gebäudeteilen zur Stütze dient, im Zweifel als gemeinschaftliche zu gelten hat[1]), auch war eine Oeffnung in der Decke des Stalles anzubringen.

Die in dem Vergleich ausbedungenen Vorrichtungen sind denn auch thatsächlich zur Ausführung gekommen. Alle diese Einrichtungen aber sind Bestandteile einer baulichen und wirtschaftlichen Anlage, deren Bestand und Betrieb auch die gemeinschaftlichen Gebäudeteile mit ergreift und diese Anlage konnte nur unter der durch die örtlichen Verhältnisse gegebenen Voraussetzung der Benützung des Hausöhrns als Zugangs zum Ziegenstall errichtet und beibehalten werden.

Es handelt sich also zwar nicht darum, daß der Beklagte an der gemeinschaftlichen Sache für sein Alleineigentum, was rechtlich unmöglich wäre, ein dingliches Recht als Servitut erworben hätte, aber nachdem der Kläger das Miteigentum mit

1) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 24 Nr. 299. Bauordnung Art. 66.

der bestehenden Gebrauchseinrichtung überkommen hat, steht ihm ein Widerspruch gegen diese nicht mehr zu [1]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Februar 1894 i. S. Hagmaier gegen Wucher.

53.

Teilung unter einigen der Teilhaber.

Die Mutter und Rechtsvorgängerin der Kläger, Friederike Mozer und deren Schwester, die beklagte Wittwe Betzler, haben im Jahr 1881 bei der Teilung des elterlichen Nachlasses das Wohnhaus Nr. 188 zu Deizisau gemeinsam und „je hälftig" um 1260 Mark gekauft, und es ist unbestritten „daß das Eigentumsrecht hieran beiden Käuferinnen zu gleichen Hälften zustand." Nach der Feststellung des Thatbestands zum Urteil I. Instanz haben sie „sofort nach dem Kauf das Haus mit ihren Familien bezogen und sich in der Weise eingerichtet, daß die Mozer'schen Eheleute (die Eltern der Kläger) das Erdgeschoß, die Beklagte den oberen Stock zugewiesen erhielten." Am 15. November 1885 hat Friederike Mozer ihren Eigentumsanteil an ihre 9 Kinder verkauft, während Nutznießung und Verwaltung desselben „den Eltern, und nach dem Tod der Mutter dem Vater, Friedrich Mozer" verblieb. Auch nachher wurde das Haus in der erwähnten Weise benützt; die Mozer'schen haben aber unbestritten seit dem Jahre 1881 außer dem Erdgeschoß (mit der in diesem enthaltenen „Futterkammer") auch noch eine Kammer des 1. Stocks, nämlich die über der Futterkammer gelegene hintere Kammer unbeanstandet benützt bis November 1890, nach Behauptung der Kl. bis zum Frühjahr 1892. Im November 1890 hat, nach der, übrigens bestrittenen, Behauptung der Kläger, der Sohn der Beklagten, Albert Betzler diese Kammer, angeblich in Gegenwart und mit Willen der Beklagten,

1) Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. VIII. Nr. 345.

gewaltsam erbrochen und die Fahrnis des Friedrich Mozer daraus entfernt.

Es sind deshalb von den 9 Kindern des Friedrich und der Friederike Mozer acht klagbar geworden; das 9. Kind, ein verschollener Sohn, ist im Prozeß nicht vertreten.

Die acht Kläger beanspruchen von der Beklagten in erster Linie die Ueberlassung der streitigen Kammer zu freier Benützung, „eventuell" die Bezahlung von 150 M.; „subeventuell" die Auseinandersetzung der bezüglich des Hauses bestehenden Gemeinschaft durch Teilung, in erster Linie mittels Verlosung nach Stockwerken, aber so, daß diejenige Partei, welcher das obere Stockwerk zufalle, der anderen 200 Mark „Aufgeld" zu bezahlen habe, event. durch Verkauf des Hauses, in erster Linie mittels Versteigerung unter den Parteien, eventuell durch öffentliche Versteigerung und Teilung des Erlöses zu gleichen Teilen unter den Parteien.

In Betreff des subeventuellen Antrags auf Auseinandersetzung der bezüglich des Hauses bestehenden Gemeinschaft durch Teilung ist in den

Gründen

des Berufungsurteils bemerkt:

Die Entscheidung muß dahin getroffen werden, daß die Kläger mit ihren Anträgen auf Eigentumsteilung abzuweisen seien, da keine der von den Klägern vorgeschlagenen und auch keine sonstige Art der Teilung nach den Umständen des vorliegenden Falls sich als anwendbar erweist, wenn, wie von den Kläger beantragt und auch allein statthaft ist, die Teilung unbeschadet des Anteilsrechts des am Prozeß nicht Teil nehmenden verschollenen J. Chr. Mozer vor sich gehen soll.

Daß die Teilung einer gemeinschaftlichen Sache, welche nur zwischen einzelnen der mehreren Miteigentümer unter sich, ohne Zuziehung der übrigen Teilhaber, vorgenommen wird (divisio inter pauciores), das Anteilsrecht der bei dem Teilungsverfahren nicht vertretenen Genossen nicht berühre, die Teilung zwischen Einigen der Genossen also nur die den Teilenden an der Sache zustehenden Teilrechte, nicht das Ganze

der Sache zum Gegenſtand haben könne, — wenn man abſieht von dem (hier nicht in Frage ſtehenden) Fall, daß eine bloße (ihrer Natur nach nicht vollſtreckungsfähige) Feſtſtellung des Anſpruchs auf Teilung und des Teilungsplans beantragt iſt [1]) — iſt auf Grund der unzweideutigen Beſtimmung der c. 17 Cod. 3, 36, wie der Natur der Sache nach, außer Streit. Unzweifelhaft iſt auch, daß eine ſolche, die Rechte der nichtvertretenen Genoſſen nicht berührende, Teilung zwiſchen einigen der Genoſſen im Sinne einer Aufhebung der zwiſchen ihnen ſelbſt oder der zwiſchen ihnen und den Nichtvertretenen beſtehenden (engeren) Gemeinſchaft dann zuläſſig iſt, wenn die ſämtlichen Genoſſen, zwiſchen welchen in dieſer Weiſe, unbeſchadet der Rechte der Nichtvertretenen, geteilt werden ſoll, darüber, daß unter ihnen geteilt werde, einverſtanden und nur über die Art und Weiſe des Vollzugs der Teilung im Streit ſind [2]). Zweifelhaft und beſtritten iſt aber, nach gemeinem und württembergiſchen Recht, ob eine ſolche engere Teilung ſtatthaft ſei auch gegen den Widerſpruch einer derjenigen Teilhaber, zwiſchen welchen dieſe Teilung vor ſich gehen ſoll; vielfach [3]) wird angenommen, daß der widerſtrebende Teilhaber den Antrag auf ſolche Teilung zurückweiſen könne mit der Berufung darauf, daß noch weitere Mitberechtigte vorhanden, aber in das Teilungsverfahren nicht einbezogen ſeien; daß alſo die Kläger nur entweder in Verbindung mit dieſen weiteren Teilhabern oder gegen dieſelben auf Teilung bringen können (ſog. exceptio plurium litisconsortium).

Wenn man nun aber auch [4]) davon ausgehen wollte, daß dem auf engere Teilung belangten Teilhaber das Recht, die

1) Vgl. RG. Bd. 12 S. 197 unten u. ff.; württ. Archiv Bd. 18 S. 240 Note 23; Lang, Sachenrecht I. § 68 Nr. 31 a. E.

2) l. 2 § 4 Dig. 10, 2 l. 8 pr. Dig. 10, 3 und dazu Dernburg, Pandekten § 197 Note 21.

3) z. B. von Dernburg a. O. vgl. Boſcher, Zeitſchr. für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 28 S. 225 ff.

4) Mit Zimmermann, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 34 S. 213. 323; Windſcheid, Pand. II § 449 Not. 26 und mit dem Reichsgericht Bd. I. S. 320 Bd. 12 S. 199.

Teilung aus dem ebenerwähnten Grunde abzulehnen, nicht zustehe, die Bekl. also an sich verpflichtet wäre, die von den Kl. beantragte Teilung des Hauses auch ohne Beiziehung des Verschollenen bezw. seines Abwesenheitspflegers zum Prozeß (aber freilich auch unbeschadet des diesem an dem Haus zustehenden Miteigentumsrechts) über sich ergehen zu lassen, so erscheint doch der erwähnte Teilungsanspruch hier aus dem Grund als unbegründet, weil von den beantragten und an sich statthaften Wegen, solche engere Teilung durchzuführen, im vorliegenden Fall keiner sich als gangbar erweist. Der Umstand insbesondere, daß nicht das Ganze des Hauses, sondern dieses nur vorbehältlich des dem Joh. Chr. Mozer daran zustehenden Anteils von $^1/_9$ an der Hälfte, also von $^1/_{18}$, sonach nur $^{17}/_{18}$ des Hauses der Teilung, wie auch der Wertabschätzung, zu Grund zu legen ist, zeigt sich im vorliegenden Fall, insbesondere bei der (durch das Zeugnis des Gemeinderats Deizisau nachgewiesenen) Armut der Beklagten, als ein Hindernis, welches jede mögliche Art der Teilung als unzweckmäßig, weil mit den Interessen der einen oder der andern Partei oder beider im Widerspruch stehend, erscheinen läßt.

Von der zunächst beantragten Verteilung des Hauses nach Stockwerken — sei es, wie Kläger wollen, durch Verlosung derselben unter den Parteien, unter Auferlegung einer Ausgleichung des zwischen den beiden Stockwerken angeblich bestehenden Wertunterschieds durch eine Geldzahlung, sei es, wie die Bekl. eventuell beantragt hat, nach Maßgabe der bisherigen Benützung der Stockwerke, ist schon deshalb abzusehen, weil, wie die Erfahrung auch im vorliegenden Fall gezeigt hat, diese Verteilungsart, wegen der mit ihr verbundenen Gefahr dauernden Unfriedens unter den dauernd an das Haus gefesselten, zu täglicher Berührung gezwungenen Bewohnern gerade den Zweck der Teilung: die Gemeinschaft als die stete Quelle von Streitigkeiten zu beseitigen, nicht, oder nur höchst unvollkommen erreicht [1]). Zudem würde auf diese Weise thatsächlich das

1) Vgl. württb. Archiv, Bd. 12 S. 350 f.; württb. Jahrbücher, Bd. 4 S. 36 und Motive zum E. des B.G. 6. III. S. 45.

ganze Haus reell geteilt — sei es daß man diese Teilungsart mit dem Plenarbeschluß des württb. Obertribunals vom 22. Januar 1869 als eine, Sondereigentum an dem zugeteilten Stockwerk begründende, Eigentumsteilung, sei es, daß man sie[1]) als endgültige Gebrauchsteilung auffaßt; auf diese Art aber würde auch über das dem abwesenden J. C. Mozer an dem Hause zustehende Anteilsrecht wenigstens thatsächlich mitverfügt, und hiedurch die Gefahr begründet, daß das ihm vorbehaltene Recht, wenn es einst zur Geltung gebracht werden wollte, nur schwer zu verwirklichen sein würde.

Dem weiterhin beantragten Verkauf des Hauses unter den Parteien steht entscheidend die nachgewiesene Armut der Bekl. entgegen. Bei der Unwahrscheinlichkeit, daß sie gegen Verpfändung ihres hälftigen Miteigentumsrechts an dem fragl. Hause die Einräumung eines zum Erwerb des Ganzen bzw. von weiteren $^{8}/_{18}$ desselben genügenden Kredits erlangen könnte, wäre sie durch ihre Mittellosigkeit verhindert, bei der Versteigerung mitzubieten und somit in die Lage versetzt, das Haus den Kl. um einen viel zu niederen Preis überlassen zu müssen.

Eine öffentliche Versteigerung würde diese Gefahr freilich vermindern; aber ganz abgesehen davon, daß es nach den örtlichen Verhältnissen als zweifelhaft erscheinen muß, ob an dem Aufstreich ein Dritter als Kaufslustiger sich beteiligen würde, müßte die jedem Kaufsliebhaber sich nahe legende Möglichkeit, daß der abwesende Joh. Chr. Mozer über kurz oder lang sein ihm vorbehaltenes Teilrecht in Anspruch nehmen und eine abermalige Versteigerung und eine Austreibung des Käufers herbeiführen könne, entweder weitere Mitbewerber gänzlich abhalten oder doch den zu erzielenden Kaufpreis unverhältnismäßig herabdrücken. Da die Kl. im Besitz von Mitteln zu sein scheinen, die Bekl. dagegen mittellos ist, scheint sich der Ausweg zu empfehlen, das Haus, d. h. die zu teilenden $^{17}/_{18}$ desselben, den Kln. allein zuzuweisen, gegen die Verpflichtung zu Bezahlung einer angemessenen Abfindungssumme an die Beklagte. Allein einer gerechten und billigen Bemessung dieser

1) Mit Mandry, im württ. Archiv Bd. 13 S. 218 ff.

Summe steht die Unmöglichkeit entgegen, den Wert der den Kln. zuzuweisenden 17/18 des Hauses durch Schätzung sachgemäs festzustellen, da sich nicht ermessen läßt, welchen Einfluß auf Gebrauchs- und Tauschwert des Hauses dem Umstand zuzuerkennen sei, daß der Erwerber in Gefahr ist, durch Geltendmachung des dem Verschollenen zustehenden Miteigentumsrechts aus seinem Besitz früher oder später, möglicherweise alsbald, wieder verdrängt zu werden, und mit Rücksicht hierauf der Wert der zuzuweisenden 17/18 keinesfalls gleichkommt der Summe, welche sich ergiebt, wenn man von dem Wertsbetrag des als Ganzes zu schätzenden Hauses den Betrag von 1/18 dieses Wertsbetrags in Abzug bringt; im Hinblick auf den bezeichneten Umstand muß es sogar fraglich erscheinen, ob in Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, 17/18 eines bäuerlichen Wohnhauses als Gegenstand eines Liegenschafts-Verkaufs überhaupt gelten könne.

Aus diesen Gründen war, in Anwendung des dem Teilungsrichter zustehenden freien Ermessens, das Teilungsverlangen der Kl. bei dem Widerspruch der Beklagten mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falls als unausführbar abzuweisen und muß es den Klägern überlassen bleiben, ihre Teilungsklage, gerichtet auf Teilung des ganzen Hauses, entweder zusammen mit J. C. Mozer oder dessen Abwesenheitspfleger oder aber auch gegen den letzteren anzustellen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 16. Februar 1894 in Sachen Betzler gegen Braun.

54.

Hat derjenige, der das dingliche Recht hat, zu einem bestimmten Zweck einen fremden Hofraum zu betreten, einen Anspruch auf einen Schlüssel zum Thor dieses Hofraums?

Die Parteien streiten darüber, ob Beklagter, dem das dingliche Recht zusteht, über den Hofraum des Klägers den Inhalt seines Abtritts zum Ortsweg Nr. 1/5 abzuführen und

zu dieſem Zwecke in der gedachten Richtung ſo oft als erforderlich zu gehen und zu fahren, berechtigt ſei, behufs der Ausübung jenes Rechts vom Kl. die Ausfolge eines Schlüſſels zu dem größeren der zwei in der Umzäunung des Hofes angebrachten Thore zu verlangen, oder ob Kläger nur verpflichtet ſei, dem Bekl., ſobald und ſoweit die Abtrittentleerung erforderlich, das eine größere Thor ſofort zu öffnen oder demſelben den Schlüſſel zu deſſen Oeffnung ſofort zu überlaſſen.

In zweiter Inſtanz wurde zu Gunſten des Klägers entſchieden aus folgenden

Gründen:

Dadurch, daß Kläger ſeinen bisher unverſchloſſenen Hofraum mit einer Mauer umgab, hat er in das dem Beklagten zuſtehende Dienſtbarkeitsrecht nicht eingegriffen, da er in demjenigen Teile der Mauer, welcher den Hof gegen den Ortsweg Nr. $\frac{1}{2}^{5}$ abſchließt, zwei Thore erſtellen ließ, durch die Bekl. nach wie vor von ſeinem Abtritt über den Hof des Kl. auf den Ortsweg gelangen kann. Auch der an den Thoren angebrachte Verſchluß enthält, wofern nur im Falle der Ausübung der Servitut die Thore geöffnet werden, eine Beeinträchtigung des Rechts der Bekl. nicht und Bekl., welcher in I. Inſtanz verlangt hatte, daß die Thore jederzeit unverſchloſſen bleiben ſollen, hat ſich denn auch bei der dieſen Anſpruch zurückweiſenden Entſcheidung des Unterrichters beruhigt. Erfordert aber die ungehinderte Ausübung der Servitut mehr nicht, als daß in jedem Ausübungsfalle eines der Thore geöffnet werde, ſo muß es genügen, wenn Kläger dieſelben dem Bekl. aufſchließt oder ihm die Möglichkeit gewährt, ſie ſelbſt aufzuſchließen. Dagegen kann Bekl. die Verabfolgung eines Schlüſſels zu dauerndem Beſitze nicht verlangen. Zwar macht derſelbe geltend, daß er ohne einen in ſeinem Beſitze befindlichen Schlüſſel genötigt wäre, ſich jeweils beim Kläger einzufinden und ſich die Oeffnung des Thors oder den Schlüſſel hierzu zu erbitten. Allein die hierdurch für den Beklagten etwa geſchaffene Unbequemlichkeit erſcheint bei Berückſichtigung der vorliegenden Verhältniſſe jedenfalls als eine ſo gering-

fügige, daß ihr nach dem Grundsatze, daß Servituten mit möglichster Schonung auszuüben seien, eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden kann. Denn das Recht des Bekl., über den Hofraum des Kl. zu gehen und zu fahren, ist keineswegs ein unbeschränktes, sondern auf den Fall beschränkt, wenn die Leerung des Abtritts erforderlich ist. Dies ist nicht, wie der Bekl. will, dahin zu verstehen, daß er auch dann, wenn die Pflanzen in seinem Garten eine Düngung erheischen, befugt sei, den Inhalt des Abtritts dorthin über den Hof des Kl. abzuführen; vielmehr ist es lediglich das Bedürfnis der Entleerung des Abtritts, dem die Servitut dienen soll, und liegt es in der Natur der Sache, daß die Notwendigkeit dieser Entleerung, mag nun die Abtrittgrube größer oder kleiner sein, immer erst nach längeren Zwischenräumen eintritt. Die Ausübung der Servitut ist daher eine verhältnismäßig seltene und macht dem Bekl., wenn er einen Schlüssel zum Thore nicht hat, auch darum keine sonderliche Mühe, weil, wie nicht bestritten, Kläger nur wenige Schritte entfernt wohnt und derselbe überdies sich verpflichtet hat, den Schlüssel an einem bestimmten Platz in seinem Hausöhrn aufzuhängen, so daß Bekl. jederzeit ohne Weiteres sich in den Besitz desselben setzen kann. Auf der andern Seite würde, wenn dem Bekl. dauernd ein Schlüssel zu verabfolgen wäre, der Verschluß des Kl.'schen Hofraums vom Willen des Bekl. abhängen und Kl. überhaupt vor einer mißbräuchlichen Ausübung der Servitut Seitens des Bekl. und seiner dereinstigen Rechtsnachfolger nicht sicher sein.

Da sonach Bekl. bei der vom Kl. anerkannten Verpflichtung, demselben im Bedürfnisfall das größere Thor sofort zu öffnen oder den Schlüssel zur Oeffnung sofort einzuhändigen oder solchen in seinem Hause zur sofortigen Benützung bereit zu halten, an der civilen Ausübung seiner Servitut nicht gehindert wird, so stellt sich sein Anspruch auf dauernde Ausfolge eines Schlüssels, den er jetzt nur noch zu dem größeren Thore verlangt, als unbegründet dar.

Urteil des zweiten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 5. Oktober 1893 i. S. Härle g. Hailer.

55.

Haftung der Unterpfandsbehörde für ein von ihr ausgeſtelltes Zeugnis. Kauſalzuſammenhang zwiſchen Verſchuldung und Schaden[1]).

Die klagende Spar- und Waiſenkaſſe V. hat eine unterpfändlich ſichergeſtellte zu 5% verzinsliche Kaufſchillingsforderung der Witwe L. gegen ihren Sohn D. L. im Betrag von 15 000 M. käuflich erworben, wofür zwei Perſonen als Bürgen und Selbſtzähler hafteten. Die Cedentin hat ſich ebenfalls als Bürgin und Selbſtſchuldnerin für die Forderung nebſt Zinſen verbindlich gemacht. Die Unterpfandsbehörde zu D. hat bezüglich dieſer Ceſſion am 18. Juni 1879 auf Verlangen der Klägerin ein Zeugnis ausgeſtellt, worin u. A. beurkundet iſt „daß Schuldner und Bürgen zur Deckung des cedierten Betrages hinlänglich ſchuldenfreies liegenſchaftliches Vermögen beſitzen". In dem 1887 über das Vermögen des D. L. ausgebrochenen Konkurs hat Klägerin einen erheblichen Ausfall erlitten, deſſen Deckung ſie auch von den Bürgen nur teilweiſe erlangen konnte. Dieſen ungedeckten Ausfall verlangt ſie von den beklagten Mitgliedern der Unterpfandsbehörde erſetzt, weil dieſe ſchuldhafterweiſe ein unrichtiges Vermögenszeugnis ausgeſtellt habe. Die Beklagten haben beſtritten, daß die Urkunde, ſo wie ſie dieſelbe aufgefaßt haben, der Wahrheit widerſpreche, ferner aber auch, daß die fragliche Beurkundung die Klägerin zum Abſchluß der Ceſſion beſtimmt habe.

Die Klage wurde zunächſt vom Oberlandesgericht in Übereinſtimmung mit der erſten Inſtanz abgewieſen. In den

1) Die nachſtehende Mitteilung betrifft einen Fall, deſſen thatſächliche Verhältniſſe weſentlich mit demjenigen gleich lagen, auf den ſich die in Bd. 3 S. 17 ff. dieſer Jahrbücher veröffentlichte Entſcheidung bezieht; die rechtliche Würdigung desſelben weicht aber teilweiſe von derjenigen des eben erwähnten Urteils ab und da der Fall an das Reichsgericht gelangt iſt und einige in dem früheren Urteil des Oberlandesgerichts nicht oder nur kurz berührte Fragen zur Sprache kommen, dürfte die Veröffentlichung der Entſcheidung nicht ohne Intereſſe ſein.

Gründen

ist gesagt:

„Zur Zeit der Ausstellung der erwähnten Beurkundung war der Unterpfandsvorbehalt zu Gunsten der Kaufschillingszielerforderung auf der um den Kaufpreis von 15 000 Mark verkauften Liegenschaft in dem Unterpfandsbuch eingetragen und es ist nicht bestritten, daß dieser Kaufpreis dem Wert der Liegenschaft entsprochen hat. Da nun auf der letzteren keine Vorpfandschulden gehaftet haben, so hat die Klägerin durch das Unterpfand dingliche Sicherheit für den einfachen Betrag der ihr abgetretenen Forderung erlangt. Wäre daher die fragliche Beurkundung dahin zu verstehen, daß außer der der Klägerin verpfändeten Liegenschaft der Schuldner Daniel L., die Cedentin Bernhard L.'s Wittwe, welche sich für den cedierten Betrag als Selbstschuldnerin verpflichtet hat, und die Bürgen G. S. und F. J. je für sich allein oder wenigstens alle zusammen schuldenfreie Liegenschaft im Wert von 15 000 Mark besitzen, so wäre für die Klägerin neben der einfachen dinglichen Sicherheit durch das Unterpfand persönliche Sicherheit durch den Liegenschaftsbesitz des Schuldners und der drei Bürgen im ersten Fall in vierfachen, im zweiten Fall in weiterem einfachen Betrag beurkundet. Daß weiter die Klägerin, obwohl ihr in Ermangelung von Vorpfandschulden der Erlös aus dem Unterpfand im Fall der Veräußerung desselben ganz zur Verfügung stand, eine so weit gehende Sicherheit beansprucht habe, und daß die Mitglieder der Unterpfandsbehörde das Vorhandensein einer solchen Sicherheit haben beurkunden wollen, kann nicht als erwiesen angenommen werden."

Weiter wird ausgeführt, die Beklagten haben die ihnen angesonnene Beurkundung dahin verstehen dürfen, daß Klägerin zu wissen verlange, ob Schuldner und Bürgen ein zur Deckung eines etwaigen Ausfalls der Klägerin an ihrer Forderung, wenn sie aus dem Erlös des Unterpfands nicht voll befriedigt werden sollte, ausreichendes schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen besitzen.

Auf erhobene Revision hat das Reichsgericht dieses Ur-

teil aufgehoben. In den Gründen des Reviſionsurteils iſt zunächſt geſagt: „Die Begründung (des Berufungsurteils) erſcheint inſoweit vollkommen genügend und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen, als die von der Klägerin zunächſt aufgeſtellte Behauptung, die Beurkundung vom 18. Juni 1879 ſei dahin zu verſtehen, daß der Schuldner ſowohl als jeder Bürge für ſich allein ſoviel ſchuldenfreies liegenſchaftliches Vermögen beſitze, daß daſſelbe je zur Deckung des cedierten Betrages ausreiche, als nicht erwieſen erachtet, vielmehr angenommen wird, die Beurkundung habe ſich nur auf den ſchuldenfreien Liegenſchaftsbeſitz jener Perſonen zuſammen (den Geſamtwert der ſchuldenfreien Liegenſchaften) bezogen. Inſoweit widerſprechen die Ausführungen des Berufungsgerichtes insbeſondere auch nicht dem Wortlaute der Beurkundung vom 18. Juni 1879". Sodann wird ausgeführt, daß die vom Oberlandesgericht der fraglichen Urkunde gegebene Auslegung mit deren klaren Wortlaut im Widerſpruch ſtehe und ſomit geſetzliche Vorſchriften über Auslegung verletze. Am Schluß iſt geſagt: „Der (neuen) Verhandlung und Entſcheidung iſt der Sinn der Beurkundung vom 18. Juni 1879 zu Grund zu legen, daß durch dieſelbe dem cedierten Schuldner ſowie den Bürgen zuſammen ein ſchuldenfreies liegenſchaftliches Vermögen im Geſamtwert von mindeſtens 15 000 M. bezeugt wird. Ob hierbei, wie die Beklagten behaupten, die Vorpfandſchulden nur in einfachem Betrage oder in welchem anderen Betrage, ob auch privilegierte Forderungen, Zinſen und Koſten zu berückſichtigen waren, iſt eine Frage, über welche für den Fall der Erheblichkeit noch beſonders zu verhandeln und zu entſcheiden ſein wird."

Nunmehr wurde vom Oberlandesgericht im weſentlichen der Klage gemäß erkannt. In den

Gründen

iſt ausgeführt:

Mit der (der Unterpfandsbehörde obliegenden) Beurkundung der im Intereſſe der Sicherſtellung der Ceſſionarin getroffenen Maßnahmen ſteht im engſten Zuſammenhang die

weitere in der Cessionsurkunde enthaltene Beurkundung unter Z. 7, daß Schuldner und Bürgen zur Deckung des cedierten Betrags hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen besitzen. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß die Unterpfandsbehörde die letztere Beurkundung in anderer Absicht, als die Beurkundung unter Z. 3 bis 5, erteilt hat, vielmehr ist auch jene Beurkundung unter der Gewähr des der Unterpfandsbehörde innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises zustehenden öffentlichen Glaubens erfolgt, wie die Beklagten in erster Instanz auch nicht bestritten haben. Die Klägerin durfte sich daher auf die Zuverlässigkeit der fraglichen Beurkundung, auch wenn solche nicht zu den an sich der Unterpfandsbehörde nach den bestehenden Vorschriften auferlegten Obliegenheiten gehört haben sollte, verlassen, da die Unterpfandsbehörde auf Grund der Einsicht der ihr unmittelbar zu Gebot stehenden öffentlichen Bücher in der Lage war, die Beurkundung der Wahrheit gemäß zu erteilen. Die Klägerin trifft aber kein Vorwurf, wenn sie es unterlassen hat, durch eigene Einsicht der öffentlichen Bücher sich von der Richtigkeit der Beurkundung der Unterpfandsbehörde zu überzeugen, vielmehr wäre es Sache der letzteren gewesen, die Erteilung der Beurkundung abzulehnen, wenn sie sich hiezu nicht für verpflichtet oder für befähigt erachtet hat.

Man hat sich daher durch die gegenteilige Ausführungen des vorigen Richters nicht veranlaßt gesehen, von der stets festgehaltenen Ansicht des Oberlandesgerichts und des vormaligen Obertribunals abzugehen, daß eine obrigkeitliche Behörde für die Richtigkeit eines von ihr unter amtlicher Autorität ausgestellten Zeugnisses, auch wenn die Erteilung desselben an sich nicht zu deren amtlichen Obliegenheiten gehört haben sollte, nach den Grundsätzen über die Verletzung der Amtspflicht verantwortlich ist.

Nach diesen Grundsätzen haften aber Beamte, und zwar auch Gemeindebeamte, wegen Verletzung ihrer Amtspflicht, sofern dieselbe nicht im Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit begangen worden ist, für jeden Grad der Verschuldung.

Die Beklagten sind daher, wenn sie, bezw. ihr Erblasser bei der Ausstellung der Beurkundung des Liegenschaftsbesitzes des Schuldners und der Bürgen aus Anlaß der Cession vom 18. Juni 1879 eine Nachlässigkeit begangen haben, als Mitglieder der Unterpfandsbehörde hiefür verantwortlich.

(Weiter wird — unter Zugrundlegung der vom Reichsgericht der Urkunde vom 18. Juni 1879 gegebenen Auslegung — ausgeführt, daß das gesamte schuldenfreie liegenschaftliche Vermögen des Schuldners und der Bürgen nach Abzug des einfachen Betrags der Vorpfandschulden sich nur auf 8651 M. belaufen, somit den abgetretenen Betrag von 15 000 M. weit nicht erreicht habe. Es treffe daher die Beklagten, die einen Entschuldigungsgrund für die unrichtige Beurkundung jenes Vermögens nicht anzuführen vermocht haben, der Vorwurf eines Verschuldens.) Sodann wird fortgefahren:

„Die Klägerin hat dadurch, daß sie gleichzeitig mit der Abtretung der Forderung der Witwe L. im Betrag von 15 000 M. die Ausstellung der der Cessionsurkunde angehängten Beurkundung durch die Unterpfandsbehörde D. verlangt hat, zu erkennen gegeben, daß sie bei dem Erwerb jener Forderung auf den Inhalt dieser Beurkundung Gewicht lege. Auch hat dieselbe vor dem Vollzug der in dieser Instanz nicht mehr den Gegenstand des Streits bildenden Cession der Forderung des Hirschwirts E. im Betrag von 16 000 M. am 19. Februar 1879 dem Schultheißenamt D. geschrieben, daß sie diese Forderung ankaufen wolle, wenn das anliegende Formular, worin die Beurkundung gleichen Inhalts, wie bei der vorliegenden Cession, enthalten war, und der Pfandbuchsauszug fehlerfrei bei ihr eintreffe, und es ist daher anzunehmen, daß die Klägerin den Erwerb der in dieser Instanz noch in Betracht kommenden Forderung gleichfalls von der Ausstellung der gewünschten Beurkundung abhängig machen wollte.

Zwar sollte nach § 17 der zur Zeit der fraglichen Abtretung geltenden Statuten der Klägerin vom Jahr 1874 die Anlegung der derselben zur Verwaltung anvertrauten Waisen- und Sparkassengelder bei Darlehen auf Pfandurkunde nur gegen

doppelten Versatz in Grundstücken oder gegen 3fachen Versatz von Häusern geschehen, allein es konnten auch jene Gelder vom Verwaltungsrat zum Ankauf von Güter-Zielern verwendet werden. Da nun die von der Klägerin am 18. Juni 1879 erworbene Kaufschillingszieler-Forderung von 15 000 M. nur auf der um diesen Preis verkauften Liegenschaft unterpfändlich sichergestellt war, so bot ihr das Unterpfand keine den Betrag jener Forderung übersteigende Sicherheit, und es hatte daher die Klägerin darauf zu sehen, daß ihr eine weitere obigen statutarischen Bestimmungen möglichst entsprechende Sicherheit beschafft werde. Diese Sicherheit fand die Klägerin aber darin, daß dem Schuldner und den Bürgen der mehrerwähnte Liegenschaftsbesitz amtlich bezeugt wurde.

Wenn nun auch die schuldenfreie Liegenschaft des Schuldners und der Bürgen der Klägerin keine dingliche Sicherheit gewährt hat, sondern jederzeit veräußert und verpfändet und von andern Gläubigern in Angriff genommen werden konnte, so folgt hieraus nicht, daß jenes amtliche Zeugnis für die Klägerin nicht bestimmend zum Erwerb der fraglichen Forderung gewesen ist. Denn wie die tägliche Erfahrung im Geschäftsleben zeigt, werden Kreditgeschäfte häufig nur gemacht, wenn von dritten Personen, deren Vermögen als ausreichend zur Deckung des Kredits erachtet wird, eine blos persönliche Haftung hiefür übernommen wird. Die Tüchtigkeit solcher dritter Personen beruht aber dann auf einer besonders zuverlässigen Grundlage, wenn denselben von ihrer Ortsbehörde ein zur Deckung des Kredits hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen bezeugt wird.

Wenn sodann die Klägerin auch, wie von den Beklagten unter Berufung auf das Zeugnis des Amtsnotars B. in F. behauptet wird, in einer Reihe von Fällen Cessionen angenommen haben sollte, ohne daß sie hiebei habe wissen können, ob der betreffende Gemeinderat die fragliche Beurkundung ausstellen könne oder werde, so beweist dies nicht, daß die Klägerin solches auch im vorliegenden Fall gethan haben würde, da

nicht feſtſteht, daß in dem letztern die Sachlage dieſelbe geweſen ſei, wie in jenen andern Fällen.

Würde ferner auch die fragliche Ceſſion zwiſchen D. L. und dem damaligen Kaſſier der Klägerin vor Ausſtellung der in Rede ſtehenden Beurkundung feſt verabredet worden ſein und D. L. als Bevollmächtigter der Cedentin die Ceſſionsvaluta erhoben haben, ehe die Klägerin von jener Beurkundung Kenntnis erhalten hat, ſo müßte doch mit Rückſicht darauf, daß die Klägerin mit der Aushändigung der Ceſſionsurkunde gleichzeitig die Ausſtellung der der letzteren angehängten Beurkundung *verlangt hat*, angenommen werden, daß die Klägerin die Ceſſion erſt mit der Ausſtellung dieſer Beurkundung als endgültig abgeſchloſſen betrachtet wiſſen wollte. Hätte aber hienach die Klägerin die ihr cedierte Forderung nicht erworben, wenn dem Schuldner und den Bürgen nicht der fragliche Liegenſchaftsbeſitz amtlich bezeugt worden wäre, ſo kann ſie von den Beklagten als Ausſtellern dieſes unrichtigen Zeugniſſes, bezw. als Erben des Ausſtellers Erſatz desjenigen Schadens beanſpruchen, welcher ihr durch den Erwerb jener Forderung erwachſen iſt."

Die gegen dieſes Urteil eingelegte Reviſion der Beklagten iſt vom Reichsgericht zurückgewieſen worden. Aus den *Gründen* des Reviſionsurteils iſt folgende Ausführung hervorzuheben: „Auch wenn anzunehmen wäre, daß die Unterpfandsbehörde zur Ausſtellung der Beurkundung nicht einmal befugt geweſen, *und* wenn deshalb das gemeine Recht zur Anwendung ſtände, könnte der Reviſion nicht zugegeben werden, daß eine Behörde immer dann, wenn ſie mit Ueberſchreitung ihrer amtlichen Befugniſſe eine nur nach ihrer Meinung ihr zuſtehende Amtshandlung vornimmt, lediglich nach den Grundſätzen über die Verantwortlichkeit für einen unrichtigen Rat hafte. Wenn, wie im vorliegenden Falle, die Behörde von dem intereſſierten Dritten im Glauben an ihre amtliche Zuſtändigkeit und im Vertrauen auf ihre Autorität um die Ausſtellung einer amtlichen Beurkundung, zu welcher ſie nach den ihr in den öffentlichen Büchern zu Gebot ſtehenden Quellen befähigt iſt, an-

gegangen wird und die Behörde hierauf, was im vorliegenden Falle weiter zutrifft, auf Grund der erwähnten Quellen die verlangte Beurkundung als eine ihr amtlich zustehende, also als eine in ihrer amtlichen Autorität liegende und mit dieser Kraft versehene, abgiebt, so muß sie für die Richtigkeit der Beurkundung nach denselben Grundsätzen haften, welche hinsichtlich der Vertretung einer wirklich in ihrer Zuständigkeit gelegenen Amtshandlung gelten. Die Verletzung ihrer Amtspflicht besteht in solchem Falle vor Allem und gerade darin, daß die Behörde, welche den Kreis ihrer amtlichen Befugnisse kennen muß, die Beurkundung als eine ihr zustehende und unter der ihr als Behörde zukommenden öffentlichen Autorität ausstellt; die angegangene Behörde muß dann notwendig auch für eine solche in amtlicher Eigenschaft vorgenommene Handlung in gleicher Weise haften, wie für Amtshandlungen, welche in den Kreis ihrer gesetzlichen Befugnisse fallen. Dies führt aber wieder auf die Anwendung des Württembergischen Rechtes, auf welches — als das hier unter allen Umständen maßgebende — das Berufungsgericht auch deutlich hinweist mit der schließlichen Bemerkung, daß die Unterpfandsbehörde als solche für die Richtigkeit des in Rede stehenden Zeugnisses zu haften habe. Hiernach ist auf die Frage, ob nach gemeinrechtlichen Grundsätzen (über die Syndikatsklage) Beamte nur für dolus und culpa lata oder auch für levis culpa haften, nicht einzugehen; es genügt darauf hinzuweisen, daß die württembergische auf Grund bestimmter Vorschriften bestehende Praxis, auf welche das Berufungsgericht hinweist, mit der weit überwiegenden Praxis gemeinen Rechtes (Windscheid, Pandekten Band II. § 470 Nr. 3) übereinstimmt."

Urteile des zweiten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 30. Mai 1892 und 5. Oktober 1893 und des Reichsgerichts vom 8. Dezember 1892 und 15. März 1894 i. S. Spar- und Waisenkasse V. gegen Schultheiß S. u. Gen.

56.

Rechtliche Stellung des Teilhabers und des Stellvertreters eines Jagdpächters; Rechte derselben gegenüber einem an Stelle des bisherigen Jagdpächters auf dessen Betreiben getretenen neuen Jagdpächter, der entgegen einer von ihm mit dem bisherigen Jagdpächter getroffenen Abrede ihre Eintragung als Teilhaber bezw. Stellvertreter außer Wirkung gesetzt hat?

Durch Vertrag vom 29./31. Juli 1890 hat G. S. in Stuttgart von der Gemeinde Leonberg die derselben gehörige Jagd „Oberer Wald" auf die Zeit vom 1. April 1891 bis 31. März 1897 um jährlich 500 M. gepachtet. Laut einer am 8. November 1892 dem S. ausgestellten Urkunde haben die Parteien die fragliche Jagd für ihre Rechnung übernommen, worauf S. am 17. November 1892 der Gemeinde Leonberg anzeigte, daß er den Kläger R. als Teilhaber angenommen habe; zugleich bezeichnete er den Kläger W. an Stelle des Sekretärs S. als seinen Stellvertreter; am 2. Dezember 1892 hat der Kläger R. den Kläger B. als seinen Stellvertreter bezeichnet.

Am 9. August 1893 beschloß der Gemeinderat Leonberg einem Gesuch des S. entsprechend, den Beklagten B. an Stelle des S. als Jagdpächter für den Rest der Pachtdauer anzuerkennen. B. hat sich den Bedingungen des S.'schen Jagdpachtvertrags unterworfen und am 18. August 1893 vor dem Stadtschultheißenamt Leonberg erklärt, daß er seinen Sohn als Teilhaber angenommen habe und die Eintragungen des Klägers R. als Teilhaber, der Kläger W. und B. als Stellvertreter außer Wirkung gesetzt sein sollen. Schon am 8. Juli 1893 hatte Beklagter den Klägern seinen Austritt aus der zwischen den Parteien damals bestehenden Jagdgesellschaft erklärt, welche Erklärung die Kläger angenommen haben.

Sie haben nun Klage gegen den Beklagten erhoben mit dem Antrag zu erkennen, daß Beklagter schuldig sei

1) sich jeder Jagdausübung auf der Jagd „Oberer Wald" bis 31. März 1897 zu enthalten, und

2) ihnen über den Jagdertrag seit 18. August 1893 Rechnung zu legen, bezw. diesen Betrag herauszugeben.

Kläger haben geltend gemacht, sie haben sich 1892 mit dem Beklagten dahin geeinigt, daß sie in der Weise, wie geschehen, als Teilhaber und Stellvertreter eingetragen werden, Beklagter aber eben als Jagdgast mit den andern Gesellschaftern hinausgehe. In arglistiger Weise, unter Verschweigung seines Austritts aus der Jagdgesellschaft und unter der Vorspiegelung, daß das Jagdrecht der Kläger unangetastet bleibe, habe Beklagter den S. dazu veranlaßt, die Annahme des Beklagten als Pächter an seiner (des S.) Stelle zu beantragen. Durch sein Vorgehen habe Beklagter in das ausschließliche Jagdausübungsrecht der Kläger in unstatthafter und arglistiger Weise eingegriffen. Die Klage gegen ihn gründe sich auf seine Austrittserklärung vom 8. Juli 1893, auf seinen Verzicht auf jede Eintragung als Teilhaber und auf seine gegen S. und Kläger geübte Arglist.

Die Klage ist in zweiter Instanz abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

I. Die Kläger können ihr angebliches Recht, die Jagd auf der Leonberger Gemeindejagd „Oberer Wald" auszuüben, nur von S. ableiten; sie hatten kein von der Jagdberechtigung des S. unabhängiges Jagdausübungsrecht gegenüber der Gemeinde Leonberg. Der „Teilhaber" des Pächters ist nicht selbst Pächter, sonst würde Art. 6 des Jagdges. vom 20. Oktober 1855 lauten: „Für einen Gemeindejagddistrikt sind nur zwei Pächter zulässig" — statt: „— ist nur ein Pächter und ein Teilhaber zulässig"; der Teilhaber unterscheidet sich also vom Pächter; er wird der Gemeinde einseitig vom Pächter bezeichnet, die Gemeinde kann ihn nicht willkürlich zurückweisen, während ein zweiter Pächter ihr nicht aufgedrungen werden könnte; er haftet der Gemeinde nicht für das Pachtgeld, er nimmt lediglich am Recht des Pächters Teil und daraus folgt, daß, wenn der Pächter das Jagdrecht verliert oder aufgiebt, an dem er einen Andern hat Teil nehmen

lassen, eben damit der Berechtigung dieses Teilhabers jede Grundlage entzogen ist. All dies gilt auch vom Stellvertreter des Pächters und Teilhabers. Daß im vorliegenden Fall alle Beteiligten — mit Recht — die Berechtigung des Stellvertreters als vom Willen des Pächters abhängig angesehen haben, ergiebt sich daraus, daß auf die Anzeige des S., er habe an Stelle des Sch. den Kläger W. als Stellvertreter angenommen, W. nach der eigenen Darstellung der Kläger ohne weiteres als Stellvertreter angenommen worden ist.

II. Der Beklagte leitet sein Jagdausübungsrecht nicht von S. ab, sondern von der Gemeinde Leonberg. S. konnte ihm sein Recht nicht übertragen, die Gemeinde Leonberg hatte vielmehr vollkommen freie Hand, ob sie den Beklagten an Stelle des S. als Pächter annehmen wollte oder nicht. Ob S. den Klägern gegenüber verpflichtet war, dafür Sorge zu tragen, daß ihnen die Jagdausübung bis 31. März 1897 ermöglicht war, ist eine Frage für sich. Jedenfalls folgt aus einer etwa in dieser Hinsicht bestehenden Verpflichtung des S. kein Recht der Kläger, dem neuen Pächter die Ausübung der Jagd zu untersagen.

Aber auch auf ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten gegen die Kläger kann der Anspruch, daß Beklagter die Ausübung der Jagd zu unterlassen habe, nicht gestützt werden. Denn nach der eigenen Darstellung der Kläger stand Beklagter zu der Zeit, als er an Stelle des S. die Jagd pachtete, in keinem Vertragsverhältnis mehr mit den Klägern, er konnte also keine Vertragspflichten gegen sie verletzen. Der Umstand, daß Beklagter aus der im November 1892 von den Parteien gebildeten Jagdgesellschaft ausgetreten ist, berechtigt die Kläger zu dem erwähnten Antrag nicht: Beklagter hat sich durch seinen Austritt nicht verpflichtet, sich unter allen Umständen bis Ende März 1897 der Jagdausübung in dem fraglichen Gebiet zu enthalten; er hat keineswegs darauf verzichtet, als Bewerber um die Jagdpacht aufzutreten, falls das Pachtverhältnis des S. vor Ablauf der Pachtzeit gelöst werden sollte, er hat nur darauf verzichtet, kraft seines Rechts

als Gesellschafter zu jagen. Daß zwischen S. und dem Beklagten zu Gunsten der Kläger ein Vertrag geschlossen worden sei, kraft dessen die Kläger zu dem in erster Linie von ihnen gestellten Antrag berechtigt seien, ist nicht behauptet und nicht ersichtlich.

III. Wenn Kläger behaupten, Beklagter habe durch sein Vorgehen in ihr „ausschließliches Jagdausübungsrecht" in unstatthafter Weise eingegriffen, so ist auch dies unhaltbar. Die von S. abgeleiteten Rechte der Kläger erloschen nach dem unter I. Ausgeführten in dem Augenblick, da S. aufhörte Jagdpächter zu sein; von da an bestand ein Jagdausübungsrecht der Kläger nicht mehr und konnte daher auch Beklagter ein solches nicht mehr verletzen; den Klägern steht nicht nur kein ausschließliches Jagdausübungsrecht in dem Bezirk „Oberer Wald" und kein besseres Recht, als dem Beklagten, zu, sondern gar keines; nachdem das Jagdpachtverhältnis zwischen S. und der Gemeinde Leonberg gelöst war, hätten sie, um in dem genannten Bezirk jagdberechtigt zu sein, ein Jagausübungsrecht neu erwerben müssen; solange dies nicht geschehen ist, sind sie nicht in der Lage, ein besseres Recht, als der Beklagte, oder gar ein ausschließliches Recht der Jagdausübung geltend zu machen und darauf den Anspruch zu gründen, daß Beklagter seinerseits die Ausübung der Jagd zu unterlassen habe. Wenn aber dieser Anspruch darauf gestützt werden will, daß Bekl. nach dem unter den Jagdgesellschaftern im November 1892 getroffenen Abkommen „auf jede Eintragung„ (als Teilhaber oder Stellvertreter) „verzichtet" habe, so ist dies schon deshalb verfehlt, weil Beklagter hiemit nicht darauf verzichtet hat, im Fall seines Ausscheidens aus der Jagdgesellschaft die in Rede stehende Jagd zu pachten.

IV. Auch auf Arglist des Beklagten kann der Anspruch auf Unterlassung der Jagdausübung den die Kläger gegen ihn erheben, nicht gestützt werden.

1. Wiefern sich Beklagter einer Täuschung der Gemeinde Leonberg schuldig gemacht haben sollte, ist nicht ersichtlich; die Gemeinde Leonberg hatte kein Interesse daran, daß die

Kläger als Teilhaber oder Stellvertreter des Jagdpächters aufgestellt wurden; die Kläger hatten auch ihr gegenüber kein Recht auf eine solche Stellung.

Von selbst versteht sich, daß die Bestellung des Beklagten zum Jagdpächter an Stelle des S. nicht dadurch hinfällig geworden ist, daß sich die Voraussetzung als unzutreffend erwies, von welcher S. bei seinem betreffenden Antrag an den Gemeinderat ausgegangen ist, daß nämlich Beklagter die Jagdausübungsrechte der Kläger nicht antasten werde.

2. Es mag sein, daß Beklagter durch die Zusicherung, das Jagdausübungsrecht der Kläger bleibe unangetastet, den S. dazu bewogen hat, ihn als Pächter an seiner Stelle vorzuschlagen. Ob S. deshalb fordern könnte, daß Beklagter von dem ihm Seitens der Gemeinde Leonberg in rechtsgültiger Weise übertragenen Jagdausübungsrecht keinen Gebrauch mache, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls würde ein vom Beklagten gegenüber von S. verübter Betrug nicht die Kläger, als die nur mittelbar Geschädigten, zu dem genannten Verlangen berechtigen. Die Rechte des S. gegen den Beklagten aber können sie nicht geltend machen, solange ihnen dieselben nicht abgetreten sind.

3. Wenn Beklagter sich gegenüber den Klägern dadurch einer Arglist schuldig gemacht hätte, daß er — wie Kläger sagen — die Uebertragung der Jagdpacht an ihn „erschlichen" hat, so könnte dies eine Schadensersatzforderung der Kläger begründen, nicht aber das Verlangen, daß Beklagter sich der Jagdausübung enthalte: die Kläger haben thatsächlich die Stellung von Jagd-Afterpächtern eingenommen; wenn aber Pächter und Verpächter sich dahin einigen, daß an Stelle des bisherigen Pächters ein andrer treten soll, haben die Afterpächter des bisherigen Pächters keinen Anspruch darauf, daß der neue Pächter von der Pacht keinen Gebrauch mache, auch wenn er auf arglistige Weise den Abschluß des Pachtvertrags erlangt hat; aus ihrem (obligatorischen) Rechtsverhältnis mit dem bisherigen Pächter folgt kein solches Verbotsrecht gegen

den neuen Pächter, der sein Recht nicht von ihrem Mitkontrahenten ableitet.

Es kann übrigens in der Handlungsweise des Beklagten den Klägern gegenüber keine ihn zum Schadensersatz verpflichtende Arglist gefunden werden. Beklagter war rechtlich nicht gehindert, darnach zu trachten, Jagdpächter im Bezirk „Oberer Wald" zu werden; wenn er zur Erreichung dieses Ziels sich unlauterer Mittel — einer Täuschung des S. — bediente, so hat er damit gegen die guten Sitten verstoßen, nicht aber für jeden durch sein Vorgehen Benachteiligten einen Anspruch auf Schadensersatz geschaffen: der in § 705 E.B.G.B. (erste Lesung) aufgestellte Satz, wonach eine „kraft der allgemeinen Freiheit" an sich erlaubte, aber „illoyale" [1]), gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise allgemein zum Schadensersatz verpflichten soll, entspricht nicht dem geltenden gemeinen Recht, den Klägern gegenüber hat aber Beklagter nur „illoyal", nicht rechtswidrig gehandelt.

V. Auch der Antrag, den Beklagten zur Rechnungslegung über den Jagdertrag zu verurteilen, ist unbegründet. Von einer Verpflichtung des Beklagten zur Rechnungslegung könnte nur die Rede sein, wenn zwischen den Parteien noch ein Gesellschaftsverhältnis bestände; dies ist aber anerkanntermaßen nicht der Fall. Wenn den Klägern ein Anspruch aus einem Delikt des Beklagten zustände, so ginge derselbe weder auf Rechnungsablegung noch auf Herausgabe des Ertrags der Jagd, sondern auf Ersatz des den Klägern erwachsenen Schadens, dieser würde sich aber mit dem Ertrag der Jagd nicht decken, sondern in dem Ueberschuß dieses Ertrags über das Jagdpachtgeld bestehen.

VI. Die geltend gemachten Klaganspräche sind daher von allen Gesichtspunkten aus unhaltbar.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 4. Mai 1894 in Sachen Bauer gegen Reichert und Gen.

1) Vgl. Motive zum E.B.G.B. Bd. 2 S. 726—27.

57.

Haftung des technischen Leiters einer Brauerei für den Verderb von Bier; Beweislast in Betreff der Ursache dieses Verderbs.

Der Kläger Widerbeklagte war Braumeister und technischer Leiter der Beklagten Wiederklägerin, einer Aktiengesellschaft. Im Herbst 1891 wurde ein Teil des im Lagerbierkeller der Beklagten gelagerten Biers verdorben. Der Kläger ließ dieses Bier, mehrere 100 Hektoliter, nach und nach im Keller laufen, machte aber hievon Niemand Mitteilung, angeblich im Interesse des guten Rufs des Geschäfts. Als die Sache doch bekannt wurde, beschloß der Aufsichtsrat der Beklagten die Entlassung des Klägers. Gegenüber der Klage desselben auf Herausgabe seiner Kaution hat Beklagte im Weg der Aufrechnung bzw. der Wiederklage eine Schadensersatzforderung für das laufen gelassene Bier geltend gemacht. Als Gründe des Bierverderbs hat Kläger angegeben: die angeblich ungenügenden, mangelhaften Kellerverhältnisse und die mangelhafte Beschaffenheit verschiedener Bestandteile der Brauerei-Einrichtung; da zufolge der schlechten Beschaffenheit des Kellers ein Neubau im Herbst 1891 nötig geworden, habe er, damit die Befriedigung der Kunden nicht eine Zeitlang habe eingestellt werden müssen, mehr Bier als sonst im Vorrat brauen lassen müssen, für welches der Lagerbierkeller vollends nicht genügt habe. Weiter machte er geltend, natürlich wirke auch die Beschaffenheit der Rohprodukte mit und im vorliegenden Falle könne das Sauerwerden des Biers auch von minderwertiger, durch den Lieferanten nicht richtig gemälzter Gerste herrühren, welche trotz der Beanstandung des Klägers der kaufmännische Vorstand der beklagten Gesellschaft W. eingekauft und dem Kläger zur Verwendung in den nachher sauer gewordenen Sud übergeben habe. Unter Abweisung der Klage wurde in Gemäßheit der Wiederklage erkannt aus folgenden

Gründen:

Was die Haftbarkeit des Klägers für den Verlust von 313 Hektoliter Bier anlangt, so ist außer Streit, daß das

fragliche Quantum Bier, weil unbrauchbar geworden, auf Anordnung des Klägers, des Braumeisters und technischen Direktors der beklagten Gesellschaft, laufen gelassen wurde; nicht minder aber ist außer Zweifel, daß der Kläger, wenn auch im Allgemeinen mit noch so umfassenden Befugnissen ausgestattet, der Gesellschaft für seine Geschäftsführung, insbesondere also für die Maßnahme des Laufenlassens, bzw. für den Eintritt der Notwendigkeit derselben (vgl. H.G.B. bzw. Novelle vom 10. Juli 1884 Art. 241 Abs. 2 und 3) verantwortlich ist.

Er hat denn auch in I. Instanz als „Grund" des Bierverderbs die beklagter Seits widersprochene Notwendigkeit bezeichnet, daß wegen der im Laufe des Jahres 1891 erfolgten Verlegung der Brauerei in andere, neue Gebäude ein großes Quantum Bier im Vorrat habe gesotten werden müssen, welches dann zu alt geworden sei. Daß es wider Erwarten zu alt geworden sei, hat er nicht behauptet; das Gegenteil ist anzunehmen, insbesondere nach der näheren Erläuterung, welche der Widerbeklagte in dieser Instanz dahin gegeben hat, daß „wegen Neubaus im Oktober 1891 die Fabrikation von Bier einige Zeit — und zwar über die 2. Hälfte des Oktober hinaus (16. Oktober bis 1. November je einschließlich) habe völlig eingestellt und der dadurch entstehende Fehlbedarf möglichst durch Vermehrung des Quantums der anderen Sude habe ergänzt werden müssen". Hienach scheint das Bier nach der Auslassung des der Widerklägerin verantwortlichen Widerbeklagten lediglich deshalb unbrauchbar geworden zu sein, weil es die für seine Lagerung in Aussicht zu nehmende außergewöhnliche Zeitdauer nicht ertragen hat.

Bei solcher Sachlage erscheint der Kläger, welcher als Bräumeister und technischer Leiter des Betriebs für Herstellung eines haltbaren Getränks in 1. Linie verantwortlich ist, ganz unzweifelhaft insolange für den eingetretenen Verlust haftbar [1]), als er nicht nachweist, daß und inwiefern trotz vorwurfsfreien Verhaltens von seiner Seite die wirkliche oder mindestens höchst

1) Zu vgl. Entsch. des R.G. XXI. S. 171. 205.

wahrscheinliche Ursache des Bierverderbs, bzw. der Unhaltbarkeit des Biers nicht habe beseitigt, bzw. verhindert werden können. Jener besonderen Sachlage und der damit zweifellos gegebenen Regelung der Beweislast gegenüber ist auch unerheblich, wenn im Allgemeinen, also bei normalen Verhältnissen, in größeren Brauereien eine Haftung des Braumeisters für verdorbenes Bier bis auf Nachweis seiner Schuldlosigkeit (in Ermangelung der Feststellung der schadenbringenden Ursache) nicht üblich sein sollte. Keinenfalls aber würde ein derartiger Brauch den Braumeister, auch wo ihm der technische Betrieb ganz selbstständig überlassen ist, der aus seinem Dienstverhältnis sich ergebenden Pflicht entheben, dem Dienstherrn, vorliegend dem Aufsichtsrat, bzw. der Generalversammlung Kenntnis von einem so erheblichen Verlust, wie der vorliegende war, und daneben auch die Möglichkeit zu verschaffen, der Ursache des Verlusts insbesondere auch in der Richtung einer etwaigen Verschuldung derselben durch ihn selbst näher zu treten. Dem entsprechend hätte der Kläger, ohne das Interesse der Beklagten an Geheimhaltung des Vorgangs zu schädigen, nicht bloß das Quantum des wegzuschüttenden Biers durch Verzeichnung unter Zuziehung irgend welcher Kontrolle (z. B. eines Aufsichtsratsmitglieds), sondern auch dessen Qualität durch zurückzubehaltende Proben und Untersuchung derselben für künftig feststellen sollen, auch wenn er zu Anordnung der Wegschüttung des Biers, als in sein Verwaltungsgebiet fallend, sich allein für befugt erachtete und erachten durfte. Indem der Kläger All' das unterließ und so der Beklagten die Aufklärung des Sachverhalts vereitelte, erscheint er auch aus diesem Grund für seine Schuldlosigkeit an dem Verlust mit der Maßgabe beweispflichtig, daß er in Ermangelung dieses Beweises schlechthin für den Verlust aufzukommen hat [1]). Zu Führung des in Rede stehenden Exkulpationsbeweises hat sich nun der Kläger darauf berufen, daß er seine Pflicht als Braumeister in Herstellung eines guten, den Selbstkosten gegenüber dem Verkaufspreise ent-

1) Zu vgl. Entsch. des R.G. XX. S. 6 und S. 269.

sprechenden, im Geschmack sich stets gleichbleibenden Bieres unter thunlichster Ueberwachung der ihm unterstellten Arbeitskräfte stets unermüdlich und gewissenhaft zu erfüllen bemüht, daneben aber allerdings durch das ihm übertragene Geschäft des Kundenbesuchens häufig stunden- und tageweise dem technischen Betrieb und dessen Ueberwachung gegen Fehler von Unterbediensteten entzogen gewesen sei, und andrerseits geltend gemacht, daß der aus der muffigen, unreinen Kellerluft, aus der mangelhaften Brauereieinrichtung, aus der ihm von dem Mitvorstand aufgenötigten Verwendung unrichtig gemälzter Gerste gleich sehr erklärliche Verderb des Biers durch einen stärkeren Einsud desselben, welcher zudem als unproduktiv von keinem vernünftigen Braumeister beliebt worden sein würde, auch bei größter Sorgfalt des Braumeisters nicht verhindert worden wäre, wie denn auch im Dezember 1892 von der Widerklägerin ein noch viel größeres Quantum Bier, nämlich 550 Hektoliter im gleichen — für die mit der Zeit erheblich gestiegenen Bierproduktion viel zu kleinen — Keller verdorben sei.

Allein so wenig dem Kläger im Allgemeinen eine durchaus gewissenhafte Pflichterfüllung zugestanden werden kann, da er, der zur bestmöglichen Wahrung der Interessen der Beklagten berufen war, nach seiner eigenen Darstellung seinem Mitvorstand nachgebend Malz in Verwendung genommen hat, welches so geringer Qualität war, daß schon hierauf nach eigener Ansicht des Klägers der Bierverderb zurückzuführen sein dürfte, ebensowenig vermöchte Angesichts des letzteren Umstands der dem Kläger speziell dahin obliegende Beweis, daß er die Ursache des Bierverderbs nicht verschuldet habe, erbracht zu werden durch ein Sachverständigen-Gutachten im Sinne der ferner aufgestellten Behauptungen des Klägers, daß nicht minder die in Folge der unzureichenden Räumlichkeit schlechte, muffige Kellerluft oder auch die schlechte und mangelhafte damalige Brauereieinrichtung, bzw. alle diese Ursachen zusammen den Bierverderb bewirkt haben mögen. Zunächst trifft nämlich auch bezüglich dieser weiter herangezogenen Ur-

sachen des Verderbs den Kläger mit Recht der Vorwurf, daß er bezüglich Beseitigung dieser Mißstände, deren Gefahr für den Betrieb er als Leiter des letzteren ebensowohl kannte und kennen mußte, als die Sachverständigen, auf welche er sich in dieser Beziehung berufen hat, nicht — äußersten Falls durch Anträge beim Aufsichtsrat, bzw. der Generalversammlung — die geeigneten Schritte that, zumal bevor er sich auf die außerordentliche Produktionsweise im Jahre 1891 einließ, bei welcher sich — wiederum nach seiner eigenen Kenntnis und Behauptung jene Mißstände in verstärktem Maße geltend machen mußten. Wollte man aber auch je den Kläger bezüglich dieser ferner geltend gemachten Ursachen des Bierverderbs d. h. bezüglich der Mißstände in Betreff des Kellers und der Brauereieinrichtung von jeglicher Verschuldung freisprechen, so wäre damit für den ihm obliegenden Exkulpationsbeweis doch deshalb Nichts gewonnen, weil ihn unter allen Umständen die volle Verantwortung und der Vorwurf grober Pflichtverletzung für die ferner in Betracht kommende und in Betracht zu ziehende Ursache des Bierverderbs, die oben erwähnte Verwendung schlechten Malzes, trifft. Unerheblich ist hienach der Beweisantritt in Betreff der gestiegenen Bierproduktion, der Größe, der Reinhaltung des Kellers und des in demselben, bzw. wegen dessen schlechter Lüftung auch im Jahre 1892 zu Grunde gegangenen Biers ꝛc., wie auch der Beweisantritt bezügl. der mangelhaften Brauereieinrichtung vom Jahre 1891. — Kaum erwähnt zu werden braucht endlich, daß, insolange als ausschließliche Ursache des Bierverderbs nicht ein Fehler der Unterbediensteten feststeht, — und eine bezügliche Behauptung des Klägers liegt nicht einmal vor — der Hinweis auf die Unmöglichkeit der Ueberwachung der Unterbediensteten bis ins Einzelne zumal neben der Pflege des Kundenbesuches — zur Entschuldigung des Klägers unzureichend ist.

Urteil des zweiten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 5. Oktober 1893 i. S. W. gegen Aktienbrauerei S.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

58.

1. Was ſind „bedungene Zinſen“ im Sinn des Art. 1 Ziff. 9 des Geſetzes vom 6. Mai 1852?

2. Vorausſetzungen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Verjährung.

Der Kläger, ein Kaufmann, welcher „mit Vieh und Gütern“ gewerbsmäßig Handel treibt, hat laut Vertragsurkunde d. d. Weinsberg, den 26. März 1879 von den damals in Weinsberg anſäßigen Schuhmacherseheleuten D. (der Beklagten und deren Ehemann) die der Ehefrau D. zuſtehende Muttergutsforderung bei C. B. daſelbſt in Höhe von 1182 M. 49 Pf. (gegen unterpfändliche Sicherſtellung derſelben ſeitens des B.) um die baar gegebene Summe von 810 M. ſich abtreten laſſen, mit der Beſtimmung, daß die 810 M. von Martini 1878 an mit 5% jährlich je auf Martini zu verzinſen ſeien und der Zins ſolange fortgehe, bis Kläger ſein Geld (die abgetretene Forderung) in Empfang nehmen könne. Die beklagte Ehefrau hat ſich für die Zinszahlung ſolidariſch unter Einhaltung der Interzeſſionsförmlichkeiten verbindlich gemacht.

Im Jahr 1882 ſind die D.'ſchen Eheleute ohne Rücklaſſung von Vermögen nach Nordamerika verzogen, wo ſie ſich jetzt noch aufhalten. An den Zinſen iſt nur der pro Martini 1879 bezahlt worden.

Nachdem der Beklagten 1893 eine Erbſchaft von über 3000 M. angefallen war, die ſie angetreten hat, hat der Kläger für ſeine rückſtändige und künftige Zinſenforderung am 20. April 1893 einen Arreſt in dieſe Erbſchaft erwirkt.

Der Kläger fordert nun mit gegenwärtiger Klage die verfallenen 14 Jahreszinſen aus 810 M. pro Martini 1880 bis 1893 mit je 40 M. 50 Pf. oder zuſammen 567 M. und nachdem die Beklagte die 4 letztverfallenen Zinſen pro Martini 1890—1893 mit zuſ. 162 M. anerkannt hat, die zehn Jahreszinſen pro Martini 1880—1889 mit zuſ. 405 M.

Die Beklagte ſchützt gegen dieſe 10 Jahreszinſen die Ein-

rede der Verjährung vor gemäß Art. 1 Ziff. 9 des Württ. Verjährungsgesetzes. Der Kläger bestreitet die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf die fragliche Zinsenforderung, behauptet eventuell ein Ruhen der Verjährung wegen Abwesenheit der Beklagten und bittet in letzter Linie um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Verjährungsfrist wegen Abwesenheit der Beklagten und ex generali clausula.

Die Klage ist, soweit die Zinsenforderung nicht anerkannt war, in zweiter Instanz abgewiesen.

Gründe:

Die Einrede der Verjährung ist begründet.

a. Der 3jährigen Verjährung des für die gegenwärtige, im Inland begründete und erfüllbare Forderung maßgebenden Württ. Verjährungsgesetzes vom 6. Mai 1852 unterliegen nach Art. 1 Ziff. 9 die Forderungen an bedungenen Zinsen. Dazu gehören betreffend Geldzinsen alle durch ein Rechtsgeschäft, besonders einen Vertrag als Vergütung für die Nutzung einer hingegebenen Geldsumme festgesetzten Zinsen, ohne daß es auf die Natur des unterliegenden Geschäfts ankommt. Es ist daher hier gleichgiltig, ob die Hingabe der 810 M. sich als ein Darlehen oder lediglich als eine Cessionsvaluta oder als ein Kaufpreis darstellt. Auch im letzteren Fall sollen die hiefür bedungenen Zinsen ein Entgelt für den Gläubiger wegen Entbehrung der Nutzung der gegebenen Geldsumme sein und trifft das in den Motiven des Gesetzes ausgesprochene Merkmal, daß es sich von Leistungen, welche aus einem fortdauernden Rechtsverhältnis entspringen und zu bestimmten Zeiten wiederkehren, handle, wie auch das allgemeine Prinzip des Gesetzes, daß die fraglichen Forderungen gewöhnlich mit ihrer Entstehung oder bald darauf berichtigt zu werden pflegen, gleichermaßen zu.

b. Die je mit dem Ablauf des auf den Verfalltag der einzelnen Zinsen folgenden 31. Dezember beginnende 3jährige Verjährungsfrist war für sämtliche noch streitige Zinsen bis Martini 1889 vor der jetzigen Klagerhebung im Jahr

1893 abgelaufen (für den Zins pro Martini 1889 am 31. Dezember 1892).

c. Ein Ruhen der Verjährung hat nicht stattgefunden. Insbesondere konnten die angeblichen faktischen Hindernisse in der Geltendmachung des Zinsenanspruchs (wegen Abwesenheit oder Vermögenslosigkeit des Schuldners) ein Ruhen nicht begründen [1]).

Eine Unterbrechung der Verjährung ist nicht behauptet und nicht ersichtlich.

d. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Verjährung ist abzulehnen.

Diese Wiedereinsetzung, wofür das gemeine Recht (abgesehen von der Restitutionsfrist des Art. 13 des Württemb. Verjährungsgesetzes) maßgebend geblieben ist, wird gegen den durch Verjährung eingetretenen Verlust einer Forderung dann gewährt, wenn der Gläubiger durch äußere thatsächliche Hindernisse, insbesondere durch Abwesenheit des Schuldners abgehalten war, sein Recht gegen den Schuldner geltend zu machen und dadurch den Lauf der Verjährung zu unterbrechen.

Die Beklagte ist nun zwar im Jahr 1882 mit ihrer Familie ohne Rücklassung von Vermögen nach Nordamerika verzogen und seither dort geblieben. Auch ist zuzugeben, daß dem Kläger, selbst wenn ihm der Aufenthalt der Beklagten in Amerika bekannt oder zu erfahren gewesen sein sollte, ein Belangen derselben in Amerika, wenn nicht unmöglich, so doch wegen der großen Schwierigkeiten und Kosten so erschwert war, daß es ihm billiger Weise nicht zugemutet werden konnte. Gleichwohl war der Kläger durch diese Abwesenheit der Beklagten nicht gehindert, sein Recht gegen dieselbe zu wahren und vor Verjährung zu schützen, da für die Beklagte im Inland, an ihrem früheren Wohnsitz Weinsberg, ein Gerichtsstand, der des Erfüllungsorts (§ 29 C.P.O.), begründet war.

Der Kläger, welcher sich als Handelsmann bezeichnet, ist

1) Windscheid, Pand. I. § 109 Ziff. 3. Wächter, Pand. I. § 105 Ziff. 6.

Kaufmann, der alle ſich ihm darbietenden Geſchäfte, beſonders Aufkauf von Vieh und andern Sachen zum Zweck der Weiterveräußerung (H.G.B. Art. 271 Ziff. 1) gewerbsmäßig betreibt, und da zu dieſem Betrieb ſeines Handelsgewerbes auch der mit der Beklagten geſchloſſene Vertrag im Zweifel zu rechnen iſt, ſo iſt derſelbe als ein Handelsgeſchäft anzuſehen (Art. 274 vgl. mit Art. 273 Abſ. 1 H.G.B.'s). Dieſes Handelsgeſchäft, insbeſondere die daraus entſpringende Zinsverbindlichkeit, hat aber die Beklagte nach Art. 324 H.G.B. (vgl. Art. 277 daſelbſt) in Weinsberg als an dem Ort, an welchem ſie zur Zeit des Vertragsſchluſſes ihren Wohnort hatte, zu erfüllen, da dieſer Ort nach Abſicht der Parteien als ſtillſchweigend vereinbarter Erfüllungsort [1]), jedenfalls aber als geſetzlicher Erfüllungsort (Art. 324 Abſ. 2 H.GB.) zu gelten hat.

Dieſer Erfüllungsort blieb auch nach der ſpäteren Aenderung des Wohnorts der Beklagten beſtehen und der Kläger war daher nicht gehindert, trotz des Wegzugs der Beklagten nach Amerika dieſelbe an ihrem Wohnſitz Weinsberg nach § 29 C.P.O. zu belangen, wobei es nach dem jetzigen Prozeßrecht [2]) gleichgiltig iſt, ob die Beklagte an dieſem Ort anzutreffen war und dort Vermögen beſaß [3]).

Unerheblich iſt es, ob Kläger dieſen inländiſchen Gerichtsſtand der Beklagten gekannt hat oder nicht; denn eine Unkenntnis hierüber wäre nicht entſchuldbar und könnte eine Reſtitution gegen den Ablauf der Verjährung nicht begründen [4]). Die Zuſtellung der Klage an die (mit bekanntem oder unbekanntem Aufenthalt) abweſende Beklagte iſt ferner nach den gegenwärtigen Prozeßvorſchriften ſo ſehr erleichtert, daß auch

1) Art. 324 Abſ. 1 H.G.B. vgl. mit Savigny, Syſtem VIII. § 370, beſonders S. 210 f. 214. 219—221. 227 Ziff. III.; Wetzell, Civilprozeß 3. Aufl. S. 495 und Jahrb. der Württ. Rechtspflege Bd. 5 S. 30.

2) Im Unterſchied zu dem früheren gemeinen Recht, ſ. Savigny a. a. O. S. 244 f.

3) Gaupp, Komm. z. C.P.O. § 29 zu Note 10. Wach I. S. 455.

4) Wächter, Württ. Privatrecht II. S. 840. 844. 846. Motive zum Entw. eines bürgerl. Geſetzb. I. S. 316 f.

hiewegen deren Einklagung weder gehindert noch wesentlich erschwert war [1]). Nach der Behauptung des Klägers und nach der Ansicht des vorigen Richters soll nun aber trotz des inländischen Gerichtsstands und also trotz der Möglichkeit der Belangung des Schuldners im Inland eine Restitution schon deshalb zugelassen werden, weil die Beklagte im Inland kein Vermögen hinterlassen habe, eine Vollstreckung des erwirkten Urteils daher nicht möglich und die Einklagung daher zwecklos gewesen wäre.

Allein eine Restitution gegen den Ablauf der Verjährung wird nur dann gewährt, wenn dem Gläubiger durch die Abwesenheit des Schuldners oder durch ähnliche, in ihrer Wirkung der Abwesenheit gleich zu achtende Hinderungsgründe (ex generali clausula) [2]) es — nach billigem Ermessen — unmöglich war, den Schuldner zu belangen und damit die Verjährung zu unterbrechen, nicht aber wenn er die an sich mögliche und unschwer ausführbare Einklagung des Schuldners aus Nützlichkeitserwägungen, so wegen Kostenersparnis, Aussichtslosigkeit der Vollstreckung und dgl. unterließ.

Dies ergiebt sich schon daraus, daß die Restitution versagt wird, wenn der abwesende oder sonst unzugängliche Schuldner im Inland einen Vertreter zurückgelassen hat, gegen welchen die Klage gerichtet werden konnte [3]) und daß die Frist für das Wiedereinsetzungsbegehren beginnt, sobald der Schuldner zurückgekehrt oder das sonst „einer rechtzeitigen Klagführung" entgegenstehende Hindernis weggefallen ist [4]).

Nur dann, wenn dem Gläubiger zur Unterbrechung der Verjährung statt einer im Inland zu erhebenden Klage nur der Rechtsbehelf der sog. Protestation zu Gebot stand, soll

---

1) Seuffert's Archiv Bd. 41 Nr. 83.

2) S. dazu Glück, Pand. 6 S. 48 f. Savigny, System VII. S. 167 f. 185. Wächter, W.Privatrecht II. S. 845 f. u. Pand I. § 114 Ziff. VII.

3) L. 1 § 1 L. 21. 22. pr. 23 pr. 26 § 3 D. ex quib. causis 4, 6. Savigny VII. S. 183 f. Wächter, W.Privatrecht II. S. 849.

4) Savigny VII. S. 246. Art. 13 des W. Verjährungsgef.

nach der herrschenden Meinung dem Gläubiger, obwohl er auch hiedurch den Lauf der Verjährung hätte unterbrechen können, die Restitution aus dem Grund nicht versagt werden, weil ihm die freie Wahl zwischen der Protestation und der Restitution zugestanden und daher die Unterlassung der Protestation nicht zur Nachlässigkeit mit angerechnet wird [1]).

Der Kläger war gegenüber der ohne Rücklassung von Vermögen abwesenden, aber mit einem inländischen Gerichtsstand versehenen Beklagten in keiner anderen Lage, als jeder Gläubiger gegenüber einem inländischen, aber vermögenslosen Schuldner. Wollte er die Verjährung seines Zinsenanspruchs verhindern, so konnte er durch jeweilige rechtzeitige Einklagung eine Unterbrechung herbeiführen; that er dies nicht, so war diese Säumnis nicht durch die Abwesenheit des Schuldners oder durch einen sonstigen Hinderungsgrund in der Belangung desselben, sondern durch seine eigene Nachlässigkeit veranlaßt, wogegen keine Restitution gewährt wird [2]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 14. April 1894 i. S. Dörr gegen Hirschheimer.

59.

Bürgschaft auf bestimmte Zeit.

In einem Schuld- und Bürgschein vom 16. März 1891 hat W. G. anerkannt, vom Kläger eine württ. Staatsobligation über 500 M. mit der Erlaubnis erhalten zu haben, 500 M. darauf aufzunehmen, und versprochen, die Obligation am 1. Juni 1891 zurückzugeben. Der Beklagte hat die Urkunde als Bürge und Selbstzähler mitunterzeichnet, ebenso einen vom Kläger beigesetzten Vermerk: „bis 1. Oktober verlängert", nicht aber den weiteren Vermerk: „weiter verlängert bis 1. Januar

1) Glück, Pand. 6 S. 37 ff. Savigny VII. S. 184. Wächter, Pand. I. § 114 VI. Ziff. 3.

2) L. 16 D. ex quib. caus. 4, 6. Savigny VII. S. 131. Wächter, W. Privatrecht II. § 124 II.

1892". Der Hauptschuldner hat die Obligation dem Kläger auch nach dem 1. Januar 1892 nicht zurückgegeben und ist derzeit vermögenslos. Der aus seiner Bürgschaft belangte Beklagte hat eingewendet: er habe die Bürgschaft nur bis 1. Oktober 1891 übernommen. Das Weitere ergiebt sich aus den

Gründen:

1. Der Umstand allein, daß der Beklagte sich verbürgt hat für eine betagte Schuld und daß die Erfüllungszeit derselben vom Gläubiger (um die Zeit des 1. Oktober 1891) ohne Vorwissen des Beklagten auf den 1. Januar 1892 hinausgerückt worden ist, ist nicht geeignet, den Beklagten von seiner Verbindlichkeit zu befreien, wie dies schon der vorige Richter zutreffend bemerkt hat.

2. Beklagter macht aber weiter geltend, daß er seine Bürgschaftshaftung selbst zeitlich beschränkt habe, sofern er sie nur bis zum 1. Oktober 1891 übernommen habe, während zu dieser Zeit der Hauptschuldner G. noch zahlungsfähig gewesen sei, daß mithin die Unsicherheit bzw. Uneinbringlichkeit der Forderung des Klägers erst durch solche Ereignisse herbeigeführt worden sei, welche nach dem 1. Okt. 1891 eingetreten sind, und für welche deshalb Beklagter nicht mehr zu haften habe. — Diese Einwendung erscheint erheblich.

Der Beklagte hat, unter Eideszuschiebung an den Kläger, behauptet, Kläger habe anfangs Juni 1891 dem Beklagten mitgeteilt, G. habe ihm die Staatsobligation zurückgebracht, er habe sie ihm aber auf seinen Wunsch wieder zur Verpfändung auf weitere drei Monate überlassen. Kläger habe den Beklagten dann gefragt, ob er nicht noch einmal, bis 1. Oktober, Bürge sein wolle, und hierauf habe Beklagter erwiedert: „Das ist das letzte Mal, auf 1. Oktober müssen Sie sich die Obligation von G. wieder zurückgeben lassen, mit dem 1. Oktober hört meine Bürgschaft auf," — womit Kläger einverstanden gewesen sei.

In dieser Beredung wäre hienach eine Ergänzung und nähere Erläuterung der auf dem Schuld- und Bürgschein beurkundeten schriftlichen Willenserklärung des Beklagten („Bürge

mit Verlängerung bis 1. Oktober einverstanden") zu finden.

Wie diese vom Beklagten behauptete mündliche Beredung aufzufassen sei, kann zweifelhaft scheinen; wie die Erfahrung lehrt, „sind sich die Parteien über die Bedeutung einer solchen zeitlichen Beschränkung der Bürgschaft häufig selbst nicht klar" [1]). An sich sind verschiedene Auslegungen jener Erklärung denkbar.

Es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß Beklagter mit den Worten: „am 1. Oktober hört meine Bürgschaft auf" nur seiner rechtlichen Ansicht dahin Ausdruck geben wollte, daß, weil er sich nur für eine bis zum 1. Oktober verlängerte Rückgabeverbindlichkeit verbürgt habe, seine Verpflichtung mit dem 1. Oktober erlösche — daß also keine vertragsmäßige Begrenzung der Bürgschaftsverbindlichkeit hiedurch festgesetzt, sondern nur über die rechtlichen Folgen seiner (urkundlich erklärten) Einwilligung in die Verlängerung des Rückgabetermins vom Beklagten eine — allerdings irrige — Meinung ausgesprochen worden sei, welchenfalls es auch unerheblich sein würde, daß Kläger gegen sie keine Einsprache erhoben, vielmehr „sein Einverständnis hiemit" ausgedrückt haben soll, da es rechtlich ohne Belang ist, wenn über die rechtliche Tragweite einer früher abgegebenen übereinstimmenden Willenserklärung beide Teile die nämliche irrige Ansicht äußern.

Der Umstand aber, daß die fragliche Erklärung des Beklagten die Antwort gebildet haben soll auf die Anfrage des Klägers, ob nicht Beklagter nochmals Bürge sein wolle bis 1. Oktober? sowie die Bestimmtheit, mit welcher Beklagter verlangt, daß Kläger „die Obligation am 1. Oktober sich zurückgeben lassen müsse" und die Unbedingtheit, mit welcher er erklärte: „mit dem 1. Oktober hört meine Bürgschaft auf," rechtfertigen die Auffassung, daß vom Beklagten hiemit eine rechtliche Verfügung getroffen, seiner Absicht, die Dauer seiner Haftung zu begrenzen, Ausdruck gegeben werden wollte.

Wenn nun auch der zwingende Ausdruck: „mit dem 1. Oktober hört meine Bürgschaft (sc. von selbst) auf" mehr

1) Motive z. E. des B.G.B. Band II. S. 681 unt.

dafür zu sprechen scheint, daß Bekl. hiemit ausdrücken wollte, er wolle nach dem 1. Oktober aus seiner Bürgschaft überhaupt nicht mehr in Anspruch genommen werden, jede Anforderung hiewegen solle nach dem 1. Oktober ausgeschlossen sein (wobei übrigens, weil hier die Forderung gegen den Hauptschuldner vor dem 1. Oktober nicht geltend gemacht werden konnte, die Dauer der Bürgschaftshaftung, wenn letztere nicht gänzlich wertlos sein sollte, im Sinne der Parteien notwendig um eine — billig zu bemessende — kurze Frist über den 1. Oktober hinaus als verlängert gelten müßte [1]) — so hat doch das Gericht die Ueberzeugung nicht erlangt, daß eine derart durchgreifende Einschränkung der Bürgschaftsverpflichtung mit der behaupteten Aeußerung zu einem unzweideutigen, auch dem Kläger erkennbaren Ausdruck gelangt sei, und hat — unter Verneinung auch der [2]) sinnentsprechenden Anwendbarkeit des Art. 127 Abs. 1 des württemb. Pfandgesetzes — angenommen, daß die in der fragl. Aeußerung enthaltene Einschränkung in demselben, minder strengen Sinn aufzufassen sei, welchen die seit alter Zeit in der Rechtsprechung vorherrschende Ansicht der Eingehung einer Bürgschaft auf bestimmte Zeit überhaupt im Zweifelsfalle beizulegen pflegt, nämlich in dem Sinn, daß der Bürge hiemit erklärt, er wolle für eine erst nach Ablauf des bestimmten Zeitraums eingetretene Uneinbringlichkeit oder Unsicherheit der Forderung nicht mehr haften, m. a. W., daß er nur einstehe für diejenigen, der Verwirklichung der Forderung entgegenstehenden Hindernisse, welche innerhalb des bestimmten Zeitraums eingetreten sind, insbesondere nur für eine schon vor dessen Ablauf vorhandene Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, dergestalt, daß hier der Beklagte aus seiner (verlängerten) Bürgschaft nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn der Hauptschuldner G. schon vor dem 2. Oktober 1891 zahlungsunfähig gewesen sei [3]).

1) Zu vgl. z. B. Griesinger, Komm. z. württ. L.R. I. S. 194 ff. und Preuß. Allg. Landrecht I, 14 § 320—327.

2) Hin und wider, z. B. von Bolley, Komm. z. Pfandgesetz I. S. 491 ob., als zulässig erachteten.

3) Zu vgl. das Urteil des O.Tribun. zu Stuttgart vom 15. Dez.

Danach aber iſt, im Fall des Beweiſes der behaupteten Einſchränkung, der Beklagte von ſeiner Haftung befreit, weil Kläger nicht behaupten konnte, daß G. ſchon am 1. Oktober 1891 zahlungsunfähig geweſen ſei.

Beklagter war deshalb mit ſeinem Eidesantrag über die behauptete Beredung zuzulaſſen.

Urteil des erſten Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 16. Februar 1894 i. S. Sippel g. Hammer [1]).

1848 i. S. Mangold g. Schmid bei Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 170 u. daſ. Bd. 32 Nr. 41.

1) In § 716 E.B.G.B. II. Leſung iſt eine Beſtimmung in Betreff der Bürgſchaft auf beſtimmte Zeit dahin vorgeſehen, daß der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger nicht unverzüglich nach dem Ablauf der beſtimmten Zeit die Einziehung der Forderung betreibt und das Verfahren ohne weſentliche Verzögerung fortſetzt oder wenn der Gläubiger nicht unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anſpruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, ſo wird er frei, wenn ihm der Gläubiger dieſe Anzeige nicht unverzüglich nach dem Ablauf der beſtimmten Zeit macht. Hiebei iſt die Kommiſſion nach den Protokollen von der Erwägung ausgegangen, daß die Aufnahme einer Beſtimmung über die zeitlich begrenzte Bürgſchaft durch das praktiſche Bedürfnis geboten ſei. (Anders die Motive zu § 679 des erſten Entwurfs Bd. 2 S. 681—82). Beim Schweigen des Geſetzes wäre zu befürchten, daß die Rechtſprechung an den unter ſich verſchiedenen Beſtimmungen des bisherigen Rechts feſthalten und deshalb die Rechtseinheit nicht erreicht würde. Es handle ſich dabei nur um die Uebernahme einer Bürgſchaft für eine ſchon beſtehende Schuld auf eine beſtimmte Zeit, nicht um die zeitlich beſchränkte Verbürgung für künftige Schulden. Fälle dieſer Art ſeien nicht ſelten und die Parteien pflegen ſich über die Bedeutung der Abrede nicht klar zu werden. Dies mache eine ihren Willen ergänzende Vorſchrift notwendig. Im Anſchluß an das preuß. A.L.R. I. 14 § 320, das ſächſ. G.B. § 1467 und Schweiz. Bd. Geſ. Art. 502 ſei davon auszugehen, daß die zeitlich beſchränkte Bürgſchaft dem Gläubiger ermöglichen ſolle, dem Hauptſchuldner während der beſtimmten Zeit Kredit zu gewähren. Der Bürge müſſe unverzüglich nach Ablauf der Bürgſchaftszeit davon in Kenntnis geſetzt werden, daß der Gläubiger ſeine Haftung in Anſpruch nehme, und hafte nicht über den Umfang hinaus, den die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners beim Ablauf der Bürgſchaft habe. Der Bürgſchaftszeit trete die Zeit hinzu, die für die im Intereſſe des (nicht ſelbſtſchuldneriſchen) Bürgen liegende Ausklagung des Hauptſchuldners erforderlich ſei. — Anm. des Einſenders.

60.

Ist der Gläubiger dem Selbstschuldner-Bürgen gegenüber verpflichtet, seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners anzumelden? [1])

Vorstehende Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Die Beklagten bestreiten den Anspruch des Klägers, weil der Kläger unterlassen hat, seine Darlehensforderung in dem gegen den Hauptschuldner W. eingeleiteten Konkursverfahren anzumelden, in welchem Falle der Kläger, wie unbestritten ist, den noch rückständigen Betrag seiner Forderung mit 125 M. 40 Pfg. aus der W.'schen Konkursmasse erhalten hätte. Allein die Beklagten haben sich nach Inhalt der Bürgschaftsurkunde vom 2. Januar 1889 für die Darlehensforderung des Klägers samt Zinsen und Kosten bis zur Heimzahlung der Schuld „dergestalt solidarisch als Bürgen und Selbstschuldner verbindlich gemacht, daß der Gläubiger das Recht haben solle, ohne Vorausklage des Schuldners die Beklagten auf das Ganze der Schuld zu belangen".

Hiernach war der Kläger von Anfang an bis zur gänzlichen Heimzahlung seiner Forderung vertragsmäßig berechtigt, die Bezahlung seiner Forderung ausschließlich von den Beklagten zu verlangen, und die Beklagten hatten überhaupt keinen Anspruch darauf, daß der Hauptschuldner von dem Kläger wegen Bezahlung seiner Forderung in Anspruch genommen werde. Es stand vielmehr in dem freien Belieben des Klägers, seine Forderung gegen den Hauptschuldner in dessen Konkurs geltend zu machen, oder statt dessen von den Beklagten die Bezahlung seiner Forderung zu verlangen, und wenn er das letztere gethan hat, so hat er dadurch weder ein Recht der Beklagten, noch eine ihm obliegende Pflicht zur Diligenz in der Ausklagung des Hauptschuldners verletzt, da er zur Ausklagung

1) Vgl. diese Jahrbücher Bd. 2 S. 239 ff. insbes. S. 244 ff.

des Hauptschuldners überhaupt nicht verpflichtet war, und da der Kläger dadurch, daß er die Anmeldung seiner Forderung im Konkurse des Hauptschuldners unterlassen hat, auch ein mit der Hauptforderung verbundenes, zu deren Sicherheit dienendes Nebenrecht nicht aufgegeben hat. Es erscheint daher die Einwendung der Beklagten, daß der Kläger die Anmeldung seiner Forderung im Konkurs des Hauptschuldners bewußt versäumt habe, als unerheblich, wie auch die Behauptung des Klägers unerheblich ist, daß die Beklagten gewußt haben, daß der Kläger seine Forderung im W.'schen Konkurs nicht angemeldet habe[1]).

Die Beklagten haben zwar noch geltend gemacht, daß die Unterlassung der Anmeldung der Forderung im Konkurse des Hauptschuldners darum einen dem dolus gleichzuachtenden Verstoß gegen die bona fides enthalte, weil dem Kläger der Eröffnungsbeschluß zugestellt worden ist. Allein dadurch ist der Kläger nur von der Eröffnung des Konkurses, und von der Zeit, innerhalb welcher die Konkursforderungen anzumelden waren, in Kenntnis gesetzt worden, es ist aber damit dem Kläger weder die Zahlung seiner Forderung angeboten, noch eine ihm angebotene Zahlung von ihm zurückgewiesen worden, und ebensowenig ist durch die Zustellung des Eröffnungsbeschlusses eine besondere Verpflichtung des Klägers begründet worden, die Bezahlung seiner Forderung von dem Hauptschuldner zu verlangen. Es kann deshalb aus der bloßen Thatsache, daß dem Kläger der Eröffnungsbeschluß im W.'schen Konkurs zugestellt worden ist, weder eine widerrechtliche oder dolose Handlungsweise des Gläubigers noch eine Verletzung der bona fides gegenüber dem Beklagten abgeleitet werden.

Endlich hatte der Kläger auch keine Verpflichtung, die Beklagten davon zu benachrichtigen, daß er seine Forderung im Konkurse des Hauptschuldners nicht anzumelden beabsichtige, vielmehr wäre es Sache der Beklagten gewesen, welche auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hatten, entweder den

1) Vgl. Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Bd. II. Seite 668—670 u. 678 f.

Kläger zur Anmeldung seiner Forderung zu veranlassen, oder ihren Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner in dessen Konkurs, sei es nach Befriedigung des Gläubigers als einen unbedingten, sei es vor dessen Befriedigung als einen bedingten selbst anzumelden. Dem Ausgeführten zufolge ist der Anspruch des Klägers auf Bezahlung des noch rückständigen Betrags seiner Darlehensforderung begründet.

Urteil des zweiten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 16. November 1893 in Sachen Hirschle g. Ruhland.

61.

Unter welchen Voraussetzungen kann der Dritte, der für einen unter das württ. Fürsorgegesetz vom 23. Mai 1892 fallenden Unfall aufzukommen hat, gegenüber dem Ersatzanspruch des Staats aus Art. 10 Abs. 2 dieses Gesetzes sich auf einen mit dem Verletzten oder dessen Erben geschlossenen Vergleich berufen?[1])

Gründe:

I. Der Beklagte Raible hat am 23. November 1891 auf den Königlich Württembergischen Forstwächter Schädler, der sich damals dienstlich in dem seiner Hut unterstellten Horber Spitalwald befand, vorsätzlich aus seinem Jagdgewehr einen Schrotschuß abgefeuert und den Schädler hierdurch derart am Kopfe verletzt, daß er andern Tags verstarb. Die Württembergische Finanzverwaltung, welche amtlich hiervon Kenntnis erhielt, hat in der Annahme, daß es sich um einen Betriebsunfall handle, auf Grund des Württembergischen Gesetzes,

1) Der in dem nachstehend abgedruckten reichsgerichtlichen Urteil erörterte Rechtsfall lag demjenigen ähnlich, der dem in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 31 Nr. 4 (= Seuffert 49 Nr. 41) abgedruckten Urteil zu Grund lag. Die Veröffentlichung dieser reichsgerichtlichen Entscheidungen, aus der sich zugleich das Wesentliche der Begründung des Urteils des Oberlandesgerichts ergiebt, erschien aber angemessen, weil es sich um die Anwendung eines württembergischen Gesetzes handelt und mehrere in dem Urteil R.G. Bd. 31 Nr. 4 nicht berührte Gesichtspunkte zur Sprache kommen.

betreffend die Fürſorge für Beamte in Folge von Betriebsunfällen vom 23. Mai 1890, den Hinterbliebenen des Schädler, ſeiner Witwe und drei minderjährigen Kindern, die im Geſetze vorgeſehene Rente ſamt Sterbegeld verwilligt. Der Finanzminiſterialerlaß, welcher dieſe Leiſtungen feſtſetzt, datiert vom 16. April 1892; die Eröffnung desſelben an die Hinterbliebenen erfolgte zugleich mit der erſten Zahlung (des Sterbegeldes und der verfallenen Renten), am 23. April 1892. Die Schädler'ſchen Hinterbliebenen hatten wegen der Tödtung ihres Ernährers gegen den beklagten Raible auf Grund des Württembergiſchen Geſetzes, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, vom 5. September 1839 ſchon am 9. April 1892 bei dem Landgerichte Rottweil Klage auf Schadenserſatz (im Betrag von 15 800 M.) erhoben. Vor Verhandlung über dieſe Klage ſchloſſen die Schädler'ſchen Hinterbliebenen am 8. Mai 1892 mit Raible, der ſich damals ſchon im Landesgefängnis zur Verbüßung der gegen ihn wegen der Tödtung des Schädler erkannten Gefängnisſtrafe befand, einen Abfindungsvertrag, wonach Raible ſich verpflichtete, an die Hinterbliebenen bis zum 1. Juni 1892 als Entſchädigung anſtatt der eingeklagten Forderung bar 7200 M. zu bezahlen, die Hinterbliebenen aber hiergegen auf alle Anſprüche gegen Raible aus dieſer Streitſache verzichteten. Am 31. Juli 1892 hat Raible die ganze Abfindungsſumme an die Schädler'ſchen Hinterbliebenen bezahlt. Mit der gegen Raible erhobenen Klage nimmt nun die Württembergiſche Staatskaſſenverwaltung denſelben auf Grund des Artikels 10 des Württembergiſchen Geſetzes vom 23. Mai 1890, wonach der dem Verletzten gegen dritte Perſonen, welche den Unfall vorſätzlich herbeigeführt oder durch Verſchulden verurſacht haben, nach den beſtehenden geſetzlichen Vorſchriften zuſtehende Anſpruch „in Höhe der den Entſchädigungsberechtigten auf Grund des gegenwärtigen Geſetzes oder anderweiter geſetzlicher Vorſchrift vom Staat zu zahlenden Beträge“ auf den Staat übergeht, (bezw. auf Grund des Württembergiſchen Geſetzes vom 5. September 1839) in Höhe der durch den Erlaß vom 16. April 1892 zu Gunſten

der Schädler'schen Hinterbliebenen festgesetzten Beträge in Anspruch. Sie verlangt einmal den Ersatz der hiernach bis zur Klagerhebung an die Hinterbliebenen gezahlten Beträge (Sterbegeld und Renten) zusammen mit 856 M. 32 Pf. je mit 5% Zinsen von den einzelnen Zahlungstagen ab, ferner die Verurteilung des Beklagten, ihr vom 1. Mai 1893 ab in monatlich im Voraus zu bezahlenden Raten diejenigen Beträge zu ersetzen, welche die Klägerin auf Grund des Gesetzes vom 23. Mai 1890 der Witwe Schädler und den Kindern (nach der Festsetzung) zu entrichten hat. Das Landgericht hat den Beklagten klaggemäß verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht unter teilweiser Abänderung des Urteiles erster Instanz den Beklagten verurteilt

1) der Klägerin die Summe von 856 M. 33 Pf. nebst Zinsen

2) der Klägerin vom 1. Mai 1893 ab in monatlich im voraus zu bezahlenden Raten diejenigen Beträge zu ersetzen, welche Klägerin auf Grund des Gesetzes vom 23. Mai 1890 der Witwe Schädler bis zu deren Tod oder Wiederverheiratung, den Kindern bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, der Tochter jedenfalls bis zu deren etwaigen früheren Verheiratung zu entrichten hat, jedoch mit der Maßgabe, daß die von ihm nach Ziffer 1 und 2 zu bezahlenden Beträge zusammen die Summe von 7200 Mark nicht übersteigen dürfen.

Mit ihrer Mehrforderung ist Klägerin abgewiesen.

II. Das Berufungsgericht stellt zunächst fest, daß, was Beklagter bestritten hatte, die von diesem verschuldete Tödtung des Forstschutzwächters Schädler einen Betriebsunfall im Sinne des Württembergischen Gesetzes vom 23. Mai 1890 bilde. Dies wird von dem Beklagten mit der Revision nicht angefochten.

Weiter führt das Berufungsurteil aus: Wegen dieses Betriebsunfalles habe die Staatsfinanzverwaltung den Hinterbliebenen des Schädler nach Maßgabe des genannten Gesetzes (Art. 2, 10), ohne daß es einer Anmeldung des Unfalles

bedurft habe, eine Rente nebst Sterbegeld zu verwilligen g e h a b t, wogegen der denselben an den Beklagten wegen schuldhafter Herbeiführung dieses Unfalles zustehende Entschädigungsanspruch nach Maßgabe des Artikels 10 jenes Gesetzes in Höhe der ihnen auf Grund dieses Gesetzes vom Staat zu zahlenden Beträge auf diesen übergegangen sei. Betreffend den Zeitpunkt dieses Ueberganges sei nach dem Wortlaut des Gesetzes anzunehmen, daß der Uebergang mit dem Zeitpunkte der Feststellung der Verpflichtung des Staates und der Höhe der Rente, nicht schon mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Entschädigungsanspruches, auch nicht erst mit dem der Zahlung der Rente erfolge. Diese Feststellung habe vorliegendenfalls durch den Finanzministerialerlaß vom 16. April 1892 an diesem Tage, oder wenn man hierzu auch die Eröffnung an die Beteiligten erfordern wolle, am 23. April 1892 stattgefunden. Der Uebergang des Schadensersatzanspruchs der Schädler'schen Hinterbliebenen auf den Staat sei also spätestens am 23. April 1892 erfolgt. Nach den Grundsätzen über Forderungsübertragung sei hiermit der Staat an Stelle der Hinterbliebenen ohne Weiteres, namentlich ohne vorherige Benachrichtigung des Beklagten, Gläubiger jenes Anspruches geworden und haben gleichzeitig die Hinterbliebenen aufgehört, Gläubiger zu sein. Von diesem Zeitpunkte ab seien letztere also nicht mehr berechtigt gewesen, über die Forderung eine Verfügung zu treffen, insbesondere den Abfindungsvertrag vom 8. Mai 1892 mit dem Beklagten abzuschließen und sich die Abfindungssumme zahlen zu lassen. Nach den bei einer auf Grund des Vertrages sich vollziehenden Forderungsübertragung geltenden Grundsätzen müsse aber der neue Gläubiger (Cessionar) eine nach dem Uebergang vom debitor cessus zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit an den Cedenten bewirkte Leistung oder einen nach diesem Zeitpunkte zwischen dem Cedenten und dem Schuldner geschlossenen, diesen befreienden Vertrag gegen sich gelten lassen, wofern nicht der Schuldner von der Uebertragung zur Zeit der Zahlung oder des Vertragsschlusses durch den Cessionar oder Cedenten be-

nachrichtigt worden sei oder sonstwie Kenntnis erhalten habe. Der hierin liegende Grundsatz, wonach derlei Verträge, welche der Schuldner ohne Kenntnis des Forderungsüberganges in gutem Glauben mit dem ursprünglichen Gläubiger abgeschlossen, und in dieser Weise an letzteren erfolgte Zahlungen dem neuen Gläubiger gegenüber gelten, weil die rechtliche Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden dürfe, müsse auch auf den in Artikel 10 des Württembergischen Gesetzes angeordneten Forderungsübergang Anwendnng finden. Als Zeitpunkt, zu welchem der Beklagte von den Thatsachen, an welche der Artikel 10 cit. den Uebergang des fraglichen Forderungsrechtes auf den Staat knüpfe, und von diesem Uebergang selbst Kenntnis erhalten habe — und zwar durch Mitteilung seitens des Staates, sei der 30. Mai 1892 festzustellen. Demgemäß müsse Klägerin zwar den Abfindungsvertrag vom 8. Mai, nicht aber auch, wie Beklagter wolle, die Bezahlung der Abfindungssumme vom 31. Juli 1892 gegen sich gelten lassen, denn der Abfindungsvertrag enthalte nur einen Vergleich zwischen den Hinterbliebenen des ꝛc. Schädler und dem Beklagten über die Schadensersatzansprüche der Ersteren gegen den Beklagten, nicht aber, wie Beklagter geltend mache, die Begründung einer neuen Forderung an Stelle der ursprünglichen unter Aufhebung der letzteren, andererseits sei der Einwand der Klägerin, der Abfindungsvertrag sei wegen wesentlichen Irrtums der Beteiligten nichtig, nach den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen nicht begründet; durch den insoweit gegen die Klägerin wirksamen Abfindungsvertrag sei hiernach der Betrag, auf welchen sie den Beklagten auf Grund der auf sie übergegangenen Entschädigungsforderung in Anspruch zu nehmen berechtigt sei, auf die Abfindungssumme beschränkt worden, und der Beklagte sei demgemäß zur Erstattung derjenigen Beträge, welche Klägerin anerkanntermaßen an die Hinterbliebenen des Schädler als Rente und Sterbegeld bisher entrichtet und künftig zu entrichten habe, nur in Höhe der Abfindungssumme von 7200 M. verpflichtet. Der darüber hinausgehende Klaganspruch müsse also abgewiesen werden.

III. Die von der Klägerin und von dem Beklagten erhobenen Revisionsangriffe sind nicht gerechtfertigt.

1. Klägerin macht geltend: der Standpunkt des Berufungsgerichts, die bloße Thatsache der Nichtkenntnis des Beklagten von dem Uebergang des Forderungsrechts der Schädler'schen Hinterbliebenen gegen ihn auf den Staat zur kritischen Zeit (8. Mai 1892) sei entscheidend dafür, daß Klägerin den Abfindungsvertrag gegen sich gelten lassen müsse, sei rechtsirrtümlich. Wie der erkennende Senat in einem ähnlichen Falle schon angenommen habe (s. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 31 Seite 27), müsse vielmehr unverschuldete Unkenntnis des Ueberganges verlangt werden; eine solche sei nicht ausreichend festgestellt; es komme besonders in Betracht, daß im Fall eines Rechtsirrtums des Beklagten hinsichtlich des Württembergischen Beamtenfürsorgegesetzes über die Voraussetzungen, welche den Anspruch auf die Rente gegen den Staat begründen, eine unverschuldete Unkenntnis des Beklagten nicht angenommen werden dürfte.

Das Berufungsgericht legt das Württembergische Beamtenfürsorgegesetz dahin aus, daß nach demselben die Entschädigungsforderung, welche dem von dem Unfalle Betroffenen oder dessen Hinterbliebenen nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gegen einen Dritten, welcher den Unfall vorsätzlich oder durch Verschulden herbeigeführt hat, zusteht, erst mit der Festsetzung der Unfallrente durch den verpflichteten Staat auf diesen übergehe. Diese Auslegung entzieht sich der Revision. Denn es handelt sich um einen im forstwirtschaftlichen Betriebe dem Beamten eines Bundesstaates zugestoßenen Unfall, und die Rechtsfolgen eines solchen, einschließlich der Frage des Ueberganges einer gegen einen Dritten für den vom Unfall betroffenen Beamten oder für dessen Hinterbliebenen begründeten Entschädigungsforderung beurteilen sich lediglich nach dem genannten Württembergischen Gesetze: vgl. § 4 des Reichsgesetzes vom 5. Mai 1886, betreffend die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen. Es steht also insoweit nur die An-

wendung irrevisibelen Rechtes in Frage. Irrevisibel ist auch die auf dem Württembergischen Gesetze beruhende Annahme des Berufungsgerichtes, daß für die Frage, ob, bzw. bis zu welchem Zeitpunkte der Staat Abmachungen des Dritten mit dem Beamten oder seinen Hinterbliebenen über deren Schadensersatzanspruch oder Zahlungen, welche der Dritte auf seine Schadensersatzschuld an jene geleistet hat, gelten lassen müsse, der Zeitpunkt der Festsetzung der Unfallrente und des hieran geknüpften Ueberganges des Schadensersatzanspruches auf den Staat entscheidend sei. Der erkennende Senat hat nun in dem von der Revision citierten Urteile grundsätzlich und als ein Postulat der Rechtssicherheit des Verkehres ausgesprochen, daß im Falle der Cession wegen des mit dem Cessionsakt (nach der heutigen gemeinrechtlichen Rechtsanschauung) unmittelbar verbundenen Forderungsüberganges auf den Cessionar der Schuldner, welcher in gutem Glauben ohne Kenntnis von diesem Forderungsübergang an den alten Gläubiger die Schuld bezahle oder diesen auf andere Weise befriedige, befreit werde und also auf diese Zahlung oder Befriedigung sich dem ihn anfordernden Cessionar gegenüber müsse berufen können, und es hat der erkennende Senat weiter in dem damals zur Entscheidung gestandenen Falle, in dem es sich um den Anspruch einer Berufsgenossenschaft aus § 98 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, bzw. § 1 des Haftpflichtgesetzes und die Beurteilung des Einwandes des haftpflichtigen Dritten, er habe sich mit dem von dem Unfall Betroffenen über dessen Ansprüche gegen ihn verglichen und die Vergleichssumme bezahlt, handelte, dieses Prinzip analog angewendet. Der erkennende Senat hat hierbei aber keineswegs grundsätzlich ausgesprochen, daß der haftpflichtige Dritte, um sich auf eine solche Zahlung oder einen Vergleich der Berufsgenossenschaft gegenüber berufen zu können, in unverschuldeter Unkenntnis der Thatsachen, an welche das Unfallversicherungsgesetz den Anspruch des von dem Unfall Betroffenen gegen die Berufsgenossenschaft knüpft oder wenigstens des Umstandes, von welchem nach diesem Gesetze der Uebergang einer Forderung des Betroffenen gegen

eine Dritte haftpflichtige Person abhängt (§ 98), gewesen sein müsse. In der thatsächlichen Lage jenes Falles lag auch gar kein Anlaß zu einem solchen Ausspruch vor. Die Beurteilung erfolgte lediglich auf der Grundlage der besonderen thatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes, wonach dasselbe für die kritische Zeit nicht bloß die Nichtkenntnis des Haftpflichtigen von dem Rechtsübergang, sondern auch weiter als dargethan annahm, daß derselbe nicht einmal das vermuten konnte, daß es sich um einen Betriebsunfall handelte. Die sinngemäße Anwendbarkeit jenes für die Cession zum Schutze des Schuldners notwendigen Grundsatzes auf den nach Art. 10 des Württembergischen Beamtenfürsorgegesetzes sich vollziehenden Forderungsübergang ist von der Revision an sich nicht in Zweifel gezogen. Aus dem Grundsatze folgt aber als Regel, daß gegenüber dem Schuldner, von dessen Kenntnis der nur zwischen dem Cedenten und dem Cessionar sich vollziehende Forderungsübergang ganz unabhängig ist, wenn er sich zu seiner Liberierung dem neuen Gläubiger gegenüber auf eine Zahlung an den früheren Gläubiger oder eine mit diesem getroffene Abmachung in Betreff der übergegangenen Forderung beruft, von dem neuen Gläubiger bewiesen werden muß, er habe sich zur Zeit der Zahlung oder Abmachung in Kenntnis des schon vollzogenen Forderungsüberganges befunden. Ist dies für die Fälle der Cession anzunehmen, so muß es auch gelten für die Fälle eines auf Grund gesetzlicher Vorschrift mit dem Eintritt gewisser Thatsachen verknüpften Forderungsüberganges, woferne nicht das betreffende Gesetz in anderer Weise disponiert. Hierbei soll nicht der Frage vorgegriffen werden, ob nicht nach besonderen Umständen eines Falles dem neuen Gläubiger gegenüber dem Einwande des Schuldners, er habe an den alten Gläubiger bezahlt oder sich mit ihm verglichen, die Replik verstattet sein müsse, der Schuldner sei zwar zur Zeit der Zahlung oder Abmachung von dem Forderungsübergang nicht in Kenntnis gesetzt gewesen, habe aber doch den schon erfolgten Forderungsübergang kennen müssen (repl. doli). Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht

festgestellt. Es irrte daher nicht, wenn es bei der Frage, ob der Beklagte zur Zeit des Abfindungsvertrages vom 8. Mai 1892 in gutem Glauben war, sich lediglich an die Thatsache hielt, daß er nachweislich nicht früher, als am 30. Mai, Kenntnis von dem am 16. resp. 23. April erfolgten Forderungsübergang erhalten hat[1]).

2. Der Beklagte dagegen macht geltend: Der rechtliche Ausgangspunkt des angefochtenen Urteiles, daß der dritte Beschädiger nach Kenntnisnahme der Festsetzung der Verpflichtungen der Berufsgenossenschaft (hier des Staates) nicht mehr zum Nachteil des „Cessionars" über den Schadensersatzanspruch des von dem Unfall Betroffenen verfügen könne, sei zwar als richtig zuzugeben. Allein das Berufungsgericht lasse, indem es die Folgen dieser „Konstruktion" ziehe, außer Acht, daß die Entschädigung nur einmal geleistet zu werden brauche und die Hinterbliebenen daher kein Recht hätten, neben der Abfindungssumme noch die Rente zu verlangen. Auf eine solche doppelte Entschädigung der Hinterbliebenen käme es aber im Effekt hinaus, da Beklagter die an dieselben gezahlten 7200 M. deshalb nicht kondizieren könnte, weil die Hinterbliebenen durch diese Zahlung nicht bereichert seien. Sie bleiben also im Besitze dieser Summe und seien hiermit schon entschädigt. Eine Berufsgenossenschaft könne von dem Beschädiger nur soweit Ersatz beanspruchen, als sie dem Entschädigungsberechtigten Renten überhaupt zu gewähren habe. Die ohne Berücksichtigung der Zahlung der Abfindungssumme erhobene Klage hätte deshalb als unbegründet abgewiesen werden müssen.

Beklagter hat allerdings in erster Instanz die Aktivlegitimation der Klägerin aus den nun zur Stütze des Revisionsangriffes vorgetragenen Gründen bestritten. In zweiter Instanz hat er vorgebracht, die Festsetzung der Renten durch den Staat sei überhaupt nur als eine bedingte anzusehen, und durch den zwischen ihm und den Schädler'schen Hinterbliebenen geschlossenen

1) Vgl. Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, Band 10, Seite 245, Seuffert's Archiv Band 47 Nr. 266.

Abfindungsvertrag sei eine Novation in Beziehung auf die Schadensersatzforderung derselben (mit befreiender Wirkung in Ansehung dieser Forderung) herbeigeführt worden. Letzteres hat das Berufungsgericht aus zutreffenden Gründen widerlegt. Gegenüber dem Revisionsangriffe kommt aber in Betracht: Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß der Staat in Erfüllung einer ihm gesetzlich obliegenden öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit zur Festsetzung und Auszahlung der Unfallrente an die Hinterbliebenen des Schädler zu schreiten hatte, insoweit unbekümmert um etwaige Abmachungen derselben mit dem Beklagten, und daß deshalb jedenfalls die Zahlung der 7200 M., weil sie nach der in diesem Rechtsstreite festgestellten Kenntnisnahme des Beklagten von dem Forderungsübergang auf den Staat erfolgte, der Klägerin nicht entgegengehalten werden könne. Jener Ausgangspunkt des Berufungsgerichtes, daß es nämlich in einer öffentlich rechtlichen Pflicht des Staates gelegen, von sich aus die den Hinterbliebenen des Schädler gebührende Rente festzusetzen und je am Fälligkeitstermin zu zahlen, beruht nicht bloß auf allgemeinen Erwägungen, sondern auf der Auslegung des Württembergischen Gesetzes selbst, wie sich besonders auch daran zeigt, daß ausdrücklich unter Hinweisung auf die Bestimmungen desselben (Art. 2, 6) festgestellt ist, wegen des Betriebsunfalls sei den Hinterbliebenenen, ohne daß es einer Anmeldung bedurft hätte, seitens der Staatsfinanzverwaltung eine Rente nebst Sterbegeld alsbald zu verwilligen gewesen. Die Auffassung des Berufungsgerichtes ist hiernach, weil sie wesentlich auf dem Württembergischen Gesetze beruht, jedenfalls mit der Revision nicht anzugreifen. Hiervon ausgegangen, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, den Einwand des Beklagten, wie er in erster Instanz formuliert war, des Weiteren zu erörtern und ist der Einwand, die Festsetzung der Rente sei nur eine bedingte gewesen, widerlegt. Es ergab sich — unter Heranziehung der Thatsache, daß Beklagter nach Kenntnisnahme von dem Forderungsübergang (gemäß Artikel 10 des Württembergischen Gesetzes) auf den Staat und trotz dieser

Kenntnis die Abfindungssumme von 7200 M. an die Schädler'schen Hinterbliebenen gezahlt hat, ohne Weiteres, daß der Staat, welcher die ihm letzteren gegenüber obliegenden Verpflichtungen einmal zu erfüllen hatte, dieser Zahlung ungeachtet Klage aus der Cession gegen Beklagten erheben konnte, wenn auch Beklagter dieser Klage nach den in Ziffer 1 entwickelten Grundsätzen entgegenzuhalten berechtigt war, daß durch den Abfindungsvertrag die Schadensersatzforderung auf 7200 M. herabgesetzt sei und Klägerin dies gegen sich gelten lassen müsse, weil Beklagter zur Zeit des Abfindungsvertrages von dem Forderungsübergang nicht in Kenntnis gesetzt worden. Richtig ist nun, daß in den von der Revision des Beklagten citierten Entscheidungen des Reichsgerichtes [1]) für das Unfallversicherungsgesetz (§ 98) und das Reichsfürsorgegesetz vom 15. März 1886 (§ 10) ausgesprochen ist, dem Verletzten und dessen Hinterbliebenen stehe nicht das Recht zu, von der Berufsgenossenschaft und dem Dritten Entschädigung zu fordern, derart, daß jeder dieser Verpflichteten ohne Rücksicht auf die Leistungen des anderen seiner Verpflichtung in vollem Umfange genügen müßte. Allein, wenn dieser natürliche Gedanke auch dem Württembergischen Gesetze zu Grunde liegen mag, so ist hieraus nicht ohne Weiteres die von dem Beklagten gezogene Konsequenz zu ziehen. Der Beklagte, welcher in Kenntnis des Forderungsüberganges auf den Staat an die Schädler'schen Hinterbliebenen, welche zufolge des Forderungsüberganges nicht mehr Gläubiger waren, die Abfindungssumme zahlte, hat dies auf seine Gefahr gethan. Dies hat die Wirkung, daß er diese Zahlung dem Staate nicht entgegenhalten kann und seinerseits sich in die Lage gebracht hat, die den Schädler'schen Hinterbliebenen gezahlten 7200 M. mit der nach Lage der Sache von ihm zu begründenden Klage zurückfordern zu müssen.

Urteil des Reichsgerichts (VI. Civilsenat) vom 20. Mai

1) S. Entscheidungen in Civilsachen Band 24 Seite 130 f., Band 28 Seite 93 ff.

1894 in Sachen der Württembergiſchen Staatskaſſenverwaltung gegen Raible. (Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 3. November 1893.)

62.

1. Auflöſung eines Vereins oder bloße Aenderung des Statuts? 2. Inwiefern iſt eine Veränderung des Statuts in Betreff der Bedingungen der Angehörigkeit zu einem (Unterſtützungs-) Verein mit Wirkung für die derzeitigen Mitglieder zuläſſig?

Der Unterſtützungsverein für Buchdrucker und Schriftgießer in Württemberg hat ſich in den ſechziger Jahren (durch Verſchmelzung verſchiedener älterer Hilfskaſſen) mit dem Zwecke der Unterſtützung ſeiner Mitglieder beſonders in Invalidäts- und Sterbefällen gebildet. Den Mitgliedern, deren Witwen und Waiſen, iſt ſtatutenmäßig gegen Leiſtungen gewiſſer Beiträge ein Rechtsanſpruch auf die betreffenden Unterſtützungen gewährleiſtet. Bedingung der Mitgliedſchaft iſt Zugehörigkeit zum Allgemeinen deutſchen Buchdruckergehilfen-Verein. Dieſer wurde im Jahre 1866 in Leipzig unter dem Namen „Deutſcher Buchdruckerverband“ gegründet mit dem Zwecke, die materielle und geiſtige Hebung ſeiner Mitglieder zu fördern und die Intereſſen der Angehörigen des Buchdruckergewerbes allſeitig zu vertreten. Später nahm er den Namen „Unterſtützungsverein Deutſcher Buchdrucker„ (U.V.D.B.) an. Das aus Anlaß der Verlegung des Sitzes nach Berlin neuredigierte Statut erlangte unterm 30. Auguſt 1888 in Gemäßheit des Preußiſchen Geſetzes vom 17. Mai 1853, betreffend den Geſchäftsverkehr von Verſicherungsanſtalten, bezw. des § 360 Nr. 9 des Reichs-Strafgeſetzbuches ſtaatliche Genehmigung. Als Mittel zur Erreichung des bezeichneten Zweckes ſind (wie früher) in § 1 dieſes Statuts genannt: a) Erzielung möglichſt günſtiger Arbeitsbedingungen auf geſetzlichem Wege; b) ſtrenge Aufrechthaltung der mit den Prinzipalen getroffenen Vereinbarungen in Bezug auf Arbeitspreiſe und Arbeitszeit . . . d) Unter-

stützung bei Arbeitslosigkeit auf der Reise und am Orte, zu welcher in bestimmtem Betrage nach Leistung einer gewissen Zahl von Wochenbeiträgen die Mitglieder berechtigt sind. Die Ausschließung eines Mitgliedes erfolgt u. A., wenn dasselbe dem jeweilig giltigen Tarife fortgesetzt zuwiderhandelt. Alle Statutenänderungen sollten fortan der staatlichen Genehmigung bedürfen. Durch eine im Juli 1892 abgehaltene außerordentliche Generalversammlung wurde die Umwandlung des U.V.D.B. in den „Verband der Deutschen Buchdrucker" mit neuen Statuten beschlossen. Die Bezeichnung des Zwecks blieb im wesentlichen dieselbe. Als Mittel zur Erreichung desselben sind nun genannt. a) wie seither; b) strenge Durchführung und Aufrechthaltung der vom Vorstande des Verbandes als maßgebend anerkannten Bestimmungen in Bezug auf Arbeitspreise und Arbeitszeit ..... h) Unterstützung bei Arbeitslosigkeit, sowie bei vorübergehender und dauernder Arbeitsunfähigkeit. In Betreff dieser Unterstützungen wird jedoch ein gerichtlich klagbares Recht oder ein sonstiger Rechtsanspruch der Mitglieder, welche übrigens nach wie vor die statutenmäßigen Beiträge zu leisten haben, nicht mehr anerkannt; über die Höhe und Dauer der „freiwilligen Unterstützungen" entscheidet der Verbandsvorstand. Die Ausschließung eines Mitgliedes erfolgt u. A., wenn dasselbe den statutenmäßigen Anordnungen des Verbandsvorstandes nicht Folge leistet. Die Bestimmungen über staatliche Genehmigung der Statutenänderungen sind beseitigt. Auf Verlangen der Preußischen Behörden wurde im November 1892 die Aufhebung des U.V.D.B. nach Maßgabe der seitherigen Vorschriften auch formell beschlossen. Am 1. Januar 1893 trat der „Verband" in Thätigkeit. Von den ca. 16 500 Mitgliedern des U.V.D.B. sind weitaus die Meisten dem Verbande beigetreten. Zu den Nichtbeigetretenen gehören die 44 Kläger, sämtlich alte Mitglieder des Deutschen und des Württembergischen Vereins.

Im Anschluß an diese Umwandlung des Deutschen Vereines wurden im Dezember 1892 in einer Geueralversammlung des Württembergischen Vereins dessen Statuten revidiert.

Beschlossen wurde, und zwar unter Widerspruch der Kläger, daß dem württemb. Verein nur „beitreten" könne, wer dem „Verbande Deutscher Buchdrucker" angehöre. Mit dem freiwilligen oder unfreiwilligen Ausscheiden aus dem Vereine gehen alle und jede Ansprüche an das Vereinsvermögen, sowie auf Rückzahlungen der geleisteten Beiträge verloren. Die Kläger haben nachträglich noch förmlichen Protest gegen die Anwendung dieser Bestimmung auf sie „unter Wahrung ihrer wohlerworbenen Rechte" eingelegt. Die Vereinskasse hat aber auf Weisung des Vorstandes die Annahme weiterer Beiträge der Kläger verweigert. Gegen den hiermit kundgegebenen Ausschluß aus dem Württembergischen Verein wendet sich die gegen letzteren erhobene Klage, gerichtet auf Feststellung der andauernden Mitgliedschaft der Kläger und der Verpflichtung des Vereins, den Klägern gegen fernere Entrichtung der statutenmäßigen Beiträge die den Mitgliedern nach den Statuten zukommenden Unterstützungen eintretendenfalls zu gewähren.

Das Landgericht hat den beklagten Verein nach dem Klagantrag verurteilt. Die Berufung ist von dem Oberlandesgerichte zurückgewiesen worden.

Gründe:

I. Wenn der „Verband" — wie dies seitens des beklagten Vereins behauptet wird — derselbe Verein, wie der Unterstützungsverein deutscher Buchdrucker, mit diesem identisch wäre, so würde die im Thatbestand erwähnte Statut-Änderung des beklagten Vereins vom 17. Dezember 1892 lediglich eine redaktionelle Aenderung des Wortlauts ohne sachliche Bedeutung darstellen, die Kläger wären damit, daß sie dem „Verband" nicht beitraten, aus dem — unter dem Namen „Verband" — fortbestehenden U.V.D.B. ausgetreten, und demzufolge wäre nach dem Wortlaut des alten wie des neuen Statuts des bekl. Vereins (§ 4) die Mitgliedschaft der Kläger bei dem bekl. Verein erloschen. Es würde sich diesfalls nur noch fragen, ob besondere Umstände vorliegen, welche die Anwendbarkeit dieses § 4 als ausgeschlossen erscheinen ließen.

Es ist aber im Gegensatz zu jener Auffassung des Be-

klagten mit den Klägern davon auszugehen, daß der U.V.D.B. mit dem 31. Dezember 1892 zu bestehen aufgehört hat und der „Verband" ein neuer mit dem 1. Januar 1893 ins Leben getretener Verein, mit dem U.V.D.B. also nicht identisch ist.

Dies ergiebt sich unmittelbar aus der feststehenden Thatsache, daß der U.V.D.B. sich (auf dem statutenmäßig vorgesehenen Wege) aufgelöst hat. Ob es möglich gewesen wäre, den U.V.D.B. im Weg bloßer Statut-Aenderung in den „Verband" umzuschmelzen, kann dahingestellt bleiben; thatsächlich ist eben dieser Weg verlassen worden: weil die preußische Polizeibehörde die formelle Auflösung des U.V.D.B. verlangte, wurde diese Auflösung beschlossen. Damit hat aber die bisherige Vereinspersönlichkeit des U.V.D.B. zu bestehen aufgehört und es ist — an ihre Stelle — eine neue Vereinspersönlichkeit, der „Verband", getreten. Dieser neue Verein mag als Rechtsnachfolger des aufgelösten in dem Sinn anzusehen sein, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen des U.V.D.B. auf ihn übergegangen sind, aber eine Identität des „Verbands" mit dem U.V.D.B. liegt nicht vor; es verstand sich nicht von selbst, daß die Mitglieder des „U.V.D.B." auch Mitglieder des „Verbands" waren, vielmehr bedurfte es für den Einzelnen einer — ausdrücklichen oder durch schlüssige Handlungen erfolgenden — Beitrittserklärung, um Mitglied des „Verbands" zu werden: ganz korrekt spricht daher der Vorstand des U.V.D.B. in seiner Bekanntmachung vom 23. Dezember 1892 von den „dem Verband", der „an Stelle des U.V.D.B." trete, „beitretenden seitherigen Mitgliedern des U.V.D.B."

Daß nach der Darstellung des Beklagten bei dem Verband im Vergleich mit dem U.V.D.B. „alles beim Alten blieb": Sitz des Vereins, Vorstand, Mehrheit der Mitglieder ohne neue Aufnahme, Karenzzeit und Höhe der Unterstützung, steht dieser Auffassung nicht im Weg: die Richtigkeit dieser Darstellung vorausgesetzt, würde hieraus nur folgen, daß ein Resultat, das an sich auch auf dem Weg der Statut-Aenderung hätte erreicht werden können, dadurch erzielt wurde, daß der

bisher beſtehende U.V.D.B. aufgelöſt und an ſeiner Stelle von der Mehrzahl der bisherigen Mitglieder des U.V.D.B. ſofort ein neuer Verein mit entſprechenden Satzungen errichtet wurde. Ein derartiges Vorgehen iſt aber, wie bei Korporationen [1]), ſo auch bei Vereinen von der Art des Beklagten durchaus möglich und zuläſſig. Eben weil der von der Generalverſammlung des U.V.D.B. beabſichtigte Zweck, die Abſchüttlung der Staatsaufſicht, ganz wohl in der Weiſe erreicht werden konnte, daß der U.V.D.B. ſich auflöſte und an ſeiner Stelle in dem „Verband" ein neuer Verein entſtand, fehlt auch jeder Anhaltspunkt zu der Annahme, daß der U.V.D.B. ſich nur zum Schein aufgelöſt hat, in Wirklichkeit aber unter anderem Namen fortbeſteht.

II. Mit der Auflöſung des U.V.D.B. hat die Beſtimmung im Statut des beklagten Vereins vom 5. April 1886, wonach dem beklagten Verein nur Angehörige des U.V.D.B. beitreten konnten, ihre Bedeutung verloren; ſie konnte nicht ohne weiteres in der Weiſe Anwendung finden, daß Vorausſetzung des Beitritts, bezw. der Zugehörigkeit zu dem beklagten Verein nunmehr die Angehörigkeit an den — eine neue Vereinsperſönlichkeit darſtellenden — Verband war; eine Beſtimmung dieſes Inhalts konnte vielmehr nur mittels Aenderung des bisherigen Statuts getroffen werden; die in Ziff. I. des Thatbeſtands erwähnten Beſchlüſſe der Generalverſammlung vom 17. Dezember 1892 enthalten daher eine materielle, nicht bloß eine redaktionelle Aenderung des Statuts.

III. Mit dem Beklagten und dem vorigen Richter muß das neue Statut des beklagten Vereins dahin verſtanden werden, daß die Angehörigkeit an den „Verband" Bedingung nicht nur des Beitritts, ſondern auch der Zugehörigkeit zu dem beklagten Verein ſein ſollte, daß alſo auch den bisherigen Mitgliedern die Verpflichtung auferlegt werden wollte, bei Verluſt ihrer Mitgliedſchaft dem „Verband" beizutreten. (Dies wird weiter ausgeführt und ſodann fortgefahren):

1) Vgl. Gierke Genoſſenſchaftstheorie und deutſche Rechtſprechung S. 825.

Es fragt sich aber, ob dieser Grundsatz mit rechtlicher Wirkung gegenüber den bisherigen Mitgliedern des beklagten Vereins, insbesondere gegenüber den Klägern, aufgestellt werden konnte, die demselben nicht zugestimmt, vielmehr sich gegen dessen Anwendung auf sie verwahrt haben.

IV. Als die Kläger dem beklagten Verein beitraten, war Bedingung der Mitgliedschaft die Angehörigkeit an den U.V.D.B.; diese Bedingung haben die Kläger unbestrittenermaßen erfüllt, sofern sie Mitglieder des U.V.D.B. bis zu dessen Auflösung blieben. Durch die Beschlüsse der Generalversammlung vom 17. Dezember 1892 wurde nun die Angehörigkeit an den beklagten Verein nachträglich an eine Bedingung geknüpft, die zur Zeit des Eintritts der Kläger nicht bestand, nämlich an den Beitritt zu dem neu gegründeten Verband.

Es ist einleuchtend, daß eine Veränderung inbetreff der Bedingungen der Angehörigkeit zu einem Verein — auch wenn sie in formell giltiger Weise beschlossen worden ist — mit Wirkung für die derzeitigen Mitglieder nicht schlechthin zulässig, daß sie insbesondere gegenüber diesen Mitgliedern unstatthaft, unwirksam ist, sofern dadurch wohlerworbene Rechte derselben beeinträchtigt werden. Solche Rechte stehen den Klägern zu: sie haben eintretenden Falls Anspruch auf Zuschuß zur Invaliden-Unterstützung, auf Witwenunterstützung und Beerdigungskostenbeiträge; dieser Ansprüche konnten sie nach § 4 der Statuten von 1886 nur durch Austritt oder Ausschluß aus dem U.V.D.B. verlustig gehen, der Nichtbeitritt zu dem erst am 1. Januar 1893 ins Leben tretenden Verband war als Grund des Verlusts dieser Ansprüche nicht vorgesehen.

Es liegt nun nicht in der Macht der Mehrheit eines derartigen Vereins, ohne Zustimmung der einzelnen bisherigen Mitglieder mit Wirkung für diese die Bedingungen der Angehörigkeit an den Verein nachträglich beliebig zu ändern und so die bisherigen Mitglieder in die Zwangslage zu versetzen, entweder sich den neuen Bedingungen zu fügen oder unter Verzicht auf wohlerworbene Ansprüche aus dem Verein auszuscheiden; wenn z. B. der beklagte Verein beschlossen hätte,

die Mitgliedſchaft bei ihm ſei bedingt durch die Zugehörigkeit zur ſozialdemokratiſchen, antiſemitiſchen ꝛc. Partei, ſo könnte kein Zweifel darüber beſtehen, daß ein derartiger Beſchluß gegenüber den ihm nicht zuſtimmenden bisherigen Mitgliedern ohne Rechtswirkſamkeit wäre, daß Beklagter ſie fortdauernd als Mitglieder anerkennen müßte, auch wenn ſie ſich weigerten, der genannten Partei beizutreten.

Ob ſich ganz allgemein der Satz aufſtellen läßt, daß jede nachträgliche Aenderung der Bedingungen der Angehörigkeit an einen Verein von der Art des Beklagten gegenüber den bisherigen (dieſer Aenderung nicht zuſtimmenden) Mitgliedern rechtlich unwirkſam iſt, kann dahingeſtellt bleiben; es mag ſein, daß die Erſetzung einer Bedingung der Mitgliedſchaft durch eine andere unter Umſtänden auch mit Wirkung für die derzeitigen Mitglieder zuläſſig iſt, wenn die neue Bedingung leichter als die bisherige oder der letzteren vollkommen gleichwertig iſt: der gegenwärtige Fall iſt jedenfalls nicht von ſolcher Art.

V. Der „Verband“ iſt nicht nur formell ein anderer Verein als der U.V.D.B., ſondern ſein Statut weicht auch mehrfach von dem des U.V.D.B. ab. Abgeſehen von anderen unweſentlichen Verſchiedenheiten war nach dem Statut von 1888 der in Berlin anſäſſige U.V.D.B. eine der landespolizeilichen Genehmigung (in Preußen) bedürftige Verſicherungsgeſellſchaft, die ihren Mitgliedern ein Recht auf gewiſſe Unterſtützungen gewährte, der Verband dagegen iſt ein ſtaatlicher Genehmigung nicht bedürftiger Gewerkverein; das im Statut des U.V.D.B. von 1888 aufgeſtellte Erfordernis der ſtaatlichen Genehmigung aller Statuten-Aenderungen iſt im Statut des „Verbands“ beſeitigt; während in § 1 des Statuts des U.V.D.B. von 1888 geſagt war: zur Erreichung des Zwecks der Vertretung der Intereſſen der Buchdrucker dienen insbeſondere „— b) ſtrenge Aufrechterhaltung der mit den Prinzipalen getroffenen Vereinbarungen in Bezug auf Arbeitspreiſe und Arbeitszeit“ — heißt es dafür im Statut des Verbands: „— b) ſtrenge Durchführung und Aufrechterhaltung der vom Vorſtand des Ver-

bands als maßgebend anerkannten Beſtimmungen in Beziehung auf Arbeitspreiſe und Arbeitszeit".

Es läßt ſich nun den Klägern nicht verwerfen, daß ſie in den angeführten Abweichungen des Statuts des Verbands von dem des U.V.D.B. die Tendenz zu erblicken glaubten, die Buchdruckerſchaft in ein feindſeliges Verhältnis zu den Prinzipalen zu drängen, ſie von dem Vorſtand des Verbands abhängig zu machen, und ihr politiſche bzw. ſoziale Ziele aufzuoktroyieren, denen die Kläger nicht zuſtimmen zu können glaubten. (Hiefür wird auf Aeußerungen von Delegierten in der Generalverſammlung des U.V.D.B. vom 1. Juli 1892 Bezug genommen und ſodann fortgefahren): Die Kläger hatten daher von ihrem Standpunkt aus berechtigten Grund für ihre Weigerung, dem Verband beizutreten, dieſe Weigerung war keineswegs bloße Chikane gegenüber dem beklagten Verein.

Unentſchieden kann hiebei bleiben, ob den erwähnten Abweichungen des Statuts des Verbands von dem des U.V.D.B. von 1888 in Wirklichkeit der von den Klägern unterſtellte Gedanke zu Grund gelegen iſt; es genügt, daß das neue Statut Befürchtungen der Kläger in dieſer Richtung zu rechtfertigen und den Verband künftig in die von den Klägern mißbilligten Bahnen zu leiten geeignet war. Es muß vollſtändig dahin geſtellt bleiben, ob Kläger ſeinerzeit dem beklagten Verein beigetreten wären, wenn damals ſchon die Angehörigkeit an den „Verband" in ſeiner jetzigen Geſtalt Bedingung des Beitritts geweſen wäre; aus ihrem Eintritt in den U.V.D.B. folgt keine Verpflichtung der Kläger, nun auch dem an Stelle des U.V.D.B. getretenen Verband beizutreten. Wenn ſodann Beklagter geltend macht: das Statut des „Verbands" enthalte im Weſentlichen — namentlich in Betreff des Fortfalls der ſtaatlichen Genehmigung — nur eine Rückänderung auf die frühere, von den Klägern ſeinerzeit genehmigte bzw. für ſie bindende Grundlage des Statuts des U.V.D.B., ſo können dem gegenüber die Kläger mit Recht betonen, daß dieſe Rückänderung eben doch auf eine Wandlung in den Zielen und Beſtrebungen des Verbands gegenüber denen des U.V.D.B.

hinweiſe und daß — ob auch der Wortlaut des Statuts von 1886 und des Verbands-Statuts von 1892 ſich teilweiſe decken — die Tendenz des U.V.D.B. bis 1888 und 1892 doch eine andere geweſen ſei, als diejenige, die nach ihrer nicht zu verwerfenden Befürchtung der Verband anzunehmen drohe. Mag endlich auch das Statut des beklagten Vereins auf dem Gedanken beruhen, daß alle ſeine Mitglieder der jeweils beſtehenden allgemeinen Gehilfenvereinigung anzugehören haben, ſo folgt daraus nicht, daß er ſeine jeweiligen Mitglieder nachträglich zwingen kann, einer andern Gehilfenvereinigung als derjenigen, der die Mitglieder zur Zeit ihres Eintritts in den beklagten Verein nach deſſen Statut angehören mußten, beizutreten, einerlei, welchen Charakter auch die neu entſtandene Vereinigung haben möge.

VI. Die den Klägern durch das Statut vom 17. Dezemb. 1892 geſtellte Zumutung, dem „Verband“ beizutreten, wofern ſie Mitglieder des beklagten Vereins bleiben wollten, erſcheint daher als eine unſtatthafte, weil die Angehörigkeit an den beklagten Verein hiemit nachträglich für deſſen derzeitige Mitglieder an eine andere Bedingung, als die bei ihrem Eintritt geſtellten, geknüpft werden wollte und dieſe neue Bedingung nach der nicht ungerechtfertigten Anſicht der Kläger nicht leichter, als die bisherige Bedingung (die Angehörigkeit an den U.V.D.B.), oder mit dieſer vollſtändig gleichwertig war, vielmehr eine mit den Geſinnungen der Kläger im Widerſpruch ſtehende neue Handlung von ihnen verlangte. Die betreffende in dem Statut im 17. Dezember 1892 enthaltene Beſtimmung iſt daher den Klägern gegenüber rechtsunwirkſam, der beklagte Verein war nicht berechtigt, ſie wegen deren Nichtbefolgung (Nichtbeitritt zu dem Verband) auszuſchließen oder als ausgetreten zu behandeln, er iſt vielmehr gehalten ſie fortdauernd als ſeine Mitglieder anzuerkennen (ſelbſtverſtändlich ſolange ſie ihrerſeits ihren Mitgliederpflichten in Zahlung der Beiträge nachkommen und keiner der ſonſtigen im Statut aufgeführten Erlöſchungsgründe der Mitgliedſchaft zutrifft).

VII. Unerörtert kann bleiben, ob es nicht denkbar ge-

wesen wäre, daß der U.V.D.B., ohne sich aufzulösen, das jetzige Verbands-Statut angenommen hätte und ob nicht in diesem Fall die Kläger nur die Wahl gehabt hätten, entweder auch unter dem neuen Statut dem U.V.D.B. anzugehören oder aber zugleich mit dem Austritt aus dem U.V.D.B. auch aus dem beklagten Verein auszuscheiden. Denn wenn auch diese Fragen zu bejahen sein sollten, so ließe sich daraus doch nicht folgern, daß die Kläger auch unter den thatsächlich gegebenen Verhältnissen dem beklagten Verein nicht mehr angehören können, ohne zugleich dem „Verband" anzugehören.

Denn die Thatsache, daß der U.V.D.B. sich auf 31. Dezember 1892 aufgelöst hat, hatte gewisse rechtliche Wirkungen zur notwendigen Folge, wenn dieselben auch keineswegs dem Willen der die Auflösung Beschließenden entsprachen. Eine dieser Folgen war, daß die Bestimmung des Statuts des beklagten Vereins gegenstandslos wurde, wonach die Angehörigkeit an den U.V.D.B. Bedingung der Zugehörigkeit zu dem beklagten Verein war. Nur mittels einer Aenderung seines Statuts konnte der beklagte Verein die Zugehörigkeit zu dem Verband statt derjenigen zum U.V.D.B. zur Bedingung der Mitgliedschaft machen und damit war nach dem unter Ziff. V. Ausgeführten für die Kläger als bisherige Mitglieder die Möglichkeit gegeben, die Rechtswirksamkeit eines solches Beschlusses über Veränderung der Bedingungen der Zugehörigkeit an den beklagten Verein für sich abzulehnen; wenn die Kläger dementsprechend sich aus triftigen Gründen weigerten, die neu gesetzte Bedingung der Mitgliedschaft bei dem beklagten Verein zu erfüllen, so haben sie damit lediglich von einem ihnen zustehenden Recht Gebrauch gemacht, die ihnen günstige Lage der Umstände in zulässiger Weise benützt; darauf kommt nichts an, ob es möglich gewesen wäre, die Kläger vor die Wahl zu stellen, entweder einem allgemeinen Gehilfenverein mit den Statuten des jetzigen „Verbands" anzugehören oder aus dem beklagten Verein auszuscheiden: thatsächlich ist eben in Folge der Auflösung des U.V.D.B. eine Lage geschaffen worden, die es den Klägern ermöglicht hat, unter Beibehaltung der An-

gehörigkeit an den beklagten Verein den Eintritt in den neu gegründeten „Verband“ abzulehnen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 10. November 1893 in Sachen des Unterstützungsvereins für Buchdrucker und Schriftgießer in Württemberg gegen Fritz und Genossen.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist vom Reichsgericht zurückgewiesen worden.

63.

Leugnung einer Einredebehauptung oder Replik?

In einer Rechtssache handelte es sich darum, ob Beklagte berechtigt sei, einen von zwei gebrauchten Kollergängen (Teilen eines Mühlwerks), die sie im Juni 1892 vom Kläger gekauft hatte, wegen seines hohen Gewichts zurückzuweisen. Mit Brief vom 11. Mai 1892 hatte Kläger denselben der Beklagten „als einen Kollergang mit ca. 90 Ztr. Gewicht“ zum Kauf angeboten. Bei einer am 4. Juni stattgehabten Besprechung der Parteien über kommissionsweisen Verkauf der Kollergänge durch die Beklagte verlangte letztere zu diesem Zweck eine genaue Beschreibung der Maschinenteile, insbesondere eine Angabe über das Gewicht der Kollergänge. Kläger erklärte hierauf: er werde dieses Gewicht in den Rechnungen der Fabrik nachsehen, und beschrieb am 8. Juni brieflich der Beklagten das in Frage stehende Mühlwerk, darunter „1 gußeiserner Kollergang, Gewicht ca. 65—70 Ztr.“

Der Kaufsabschluß erfolgte zum Preis von 9 M. per 100 Kilogramm am 20. Juni in mündlicher Verhandlung zwischen dem Kläger und dem Teilhaber der Beklagten, der an diesem Tag die Kollergänge besichtigte. Ueber den Inhalt der dem Kaufsabschluß vorangegangenen Verhandlungen ist Streit unter den Parteien; Beklagte behauptet, es sei in Betreff des Gewichts der Kollergänge nichts weiter gesprochen worden, als daß Kläger auf die Verlesung seines Briefs vom 8. Juni,

soweit sich derselbe auf die Kollergänge bezog, erklärt habe: „der Beschrieb ist in Ordnung" oder: „das ist richtig", während Kläger geltend macht, er habe dem W. weiter mitgeteilt, er besitze die Originalfakturen nicht mehr, die angegebenen Gewichte beruhen auf Schätzungen seiner Leute, die in der Taxation alter Maschinen nicht bewandert seien. Nachher ergab sich, daß der Kollergang 5515 Kilogramm wog. Es wurde auf den dem Kläger über seine Darstellung vom Beklagten zugeschobenen Eid erkannt aus folgenden

Gründen:

Es ist der Beklagten zu glauben, daß sie den Kollergang in der Erwartung gekauft hat, sein Gewicht werde 70 Ztr. nicht erheblich übersteigen. Aber daß sie dieses Gewicht zur Bedingung (oder erkennbaren Voraussetzung) des Kaufsabschlusses gemacht habe, vermag Beklagte selbst nicht zu behaupten. Wenn sie sich über das wirkliche Gewicht der Maschine getäuscht hat, ohne daß Kläger (sie absichtlich irregeführt oder) ihr bestimmte Zusicherungen in dieser Richtung gemacht hat, so liegt eben auf ihrer Seite ein Irrtum im Beweggrund vor, der nicht zur Anfechtung des Kaufs führen kann. Um einen heimlichen Mangel des Kollergangs, der die Beklagte, auch ohne daß Kläger Zusicherungen in Betreff des Gewichts erteilt hätte, berechtigen würde, die Aufhebung des Kaufs zu verlangen, handelt es sich nach der eigenen Auffassung der Beklagten nicht. Es kommt somit darauf an, ob Kläger der Beklagten die Zusicherung gegeben hat, daß das Gewicht des Kollergangs 70 Zentner nicht erheblich übersteige.

Für die Behauptung, daß eine solche Zusicherung erfolgt sei, ist Beklagte beweispflichtig; denn mit derselben werden nicht die klagbegründenden Thatsachen verneint, sondern eine mit der Klagbegründung — der Behauptung, daß Beklagte den Kollergang um 9 M. per Kilogramm gekauft habe — ganz wohl verträgliche Thatsache geltend gemacht, die den Klaganspruch zu entkräften geeignet ist.

Daß eine einem Garantieversprechen gleichkommende Zusicherung in Betreff des Gewichts des Kollergangs in den

Schreiben des Klägers vom 11. Mai und 8. Juni 1892 an ſich nicht gelegen iſt, hat der vorige Richter ebenſo zutreffend ausgeführt, als daß, nachdem Kläger am 4. Juni der Beklagten erklärt hatte, er werde das Gewicht der Kollergänge in den Rechnungen der Fabrik nachſehen, Beklagte durch das Schreiben des Klägers vom 8. Juni in den Glauben verſetzt werden mußte, die neuen in dieſem Brief enthaltenen Gewichtsangaben beruhen auf den inzwiſchen vom Kläger eingeſehenen Fabrikrechnungen. Wenn daher Kläger bei Abſchluß des Kaufs auf Verleſen der einſchlägigen Stellen dieſes Briefs lediglich deſſen Inhalt als richtig beſtätigt hätte, ſo müßte es ſo angeſehen werden, als habe er der Beklagten eine Zuſicherung dahin erteilt, daß das Gewicht des Kollergangs 70 Ztr. erheblich überſteige. Wenn dagegen Kläger beim Abſchluß des Kaufs die von ihm behauptete Mitteilung dem W. gemacht hätte, ſo läge eine Zuſicherung in Betreff des Gewichts des Kollergangs nicht vor; der Kläger hätte damit jede Garantie für die Richtigkeit der als Schätzung bezeichneten Gewichtsangabe unzweideutig abgelehnt.

Da ſich nun die Behauptungen der Parteien hinſichtlich deſſen widerſprechen, was am Tag des Kaufabſchluſſes vor dieſem Abſchluß über das Gewicht des Kollergangs verhandelt worden iſt, und Beklagte — wie bemerkt — dafür beweispflichtig iſt, daß Kläger in Betreff dieſes Gewichts eine bindende Zuſage erteilt hat, ſo iſt es Sache der Beklagten, den Beweis für die von ihr gegebene Sachdarſtellung zu erbringen. Es iſt nicht ſo, daß Kläger die Darſtellung der Beklagten über die dem Kaufsabſchluß unmittelbar vorhergehenden Verhandlungen als richtig anerkennt, und ſeine weitere Behauptung, daß noch mehr, als Beklagte angiebt, geſprochen worden ſei, den Charakter einer Replik trägt; vielmehr iſt das Vorbringen des Klägers ein einheitliches, das nicht auseinandergeriſſen werden darf, und womit er die Sachdarſtellung der Beklagten, insbeſondere deren Vollſtändigkeit beſtreitet, indem er zugleich ſeinerſeits eine poſitive Darſtellung des Hergangs giebt. An der hieraus folgenden Verteil-

lung der Beweislast vermag es nichts zu ändern, daß Beklagte auf Grund der Besprechung vom 4. Juni in dem Schreiben des Klägers vom 8. Juni die Zusicherung finden durfte, daß die Maschine nur 65—70 Ztr. wiege; denn nachdem ihrer eigenen Darstellung zufolge am Tag des Kaufsabschlusses in den Verhandlungen der Parteien das Gewicht des Kollergangs nochmals zur Sprache gekommen ist, ist für den Inhalt des abgeschlossenen Kaufvertrags in der angegebenen Richtung das entscheidend, was bei dieser Verhandlung besprochen worden ist, und es besteht keine Vermutung dafür, daß es in Betreff der Angaben des Klägers über das Gewicht des Kollergangs lediglich bei dem verblieben ist, was Kläger der Beklagten am 8. Juni schriftlich mitgeteilt hatte.

Ist aber Beklagte für ihre Darstellung der dem Kaufsabschluß vorangehenden Besprechung beweispflichtig, so ergibt sich, daß auf den von ihr hierüber dem Kläger zugeschobenen Eid zu erkennen ist und nicht auf den vom Kläger über seine Darstellung der Beklagten zugeschobenen.

Urteil des ersten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Dezember 1893 i. S. Schwenk g. Essinger.

64.

Zum Begriff der „Thatsachen" im Sinn des § 410 C.P.O.

Der Sohn der Klägerin Ludwig H., persönlich haftender Gesellschafter der Firma Gerson Nachfolger, hatte der Beklagten vier Hinterlegungsscheine der allgemeinen Versorgungsanstalt im Großherzogtum Baden über zus. 3600 M. für eine Wechselforderung der Beklagten an die Firma Gerson Nachfolger übergeben. Klägerin hat Klage auf Herausgabe dieser Scheine erhoben, die sie ihrem Sohn lediglich zur Einziehung übergeben habe. Die auf den Namen der Klägerin lautenden Scheine sind keine Inhaber- und keine Wertpapiere, sondern sog. Legitimationspapiere. Beklagter hat der Klage eine Reihe von Einreden entgegengesetzt und der Klägerin in zweiter Instanz folgende Eide zugeschoben:

1) es iſt nicht wahr, daß zwiſchen mir und der Firma Gerſon Nachfolger — oder meinem Sohn L. H. zu irgend einer Zeit, insbeſondere Ende April oder Anfang Mai 1891, eine Urkunde oder ein mündlicher oder ſchriftlicher Vertrag des Inhalts vereinbart worden iſt: „unter heutigem Tag wurden der unterzeichneten Firma von Frau Ida H. mit der Befugnis zur Veräußerung für den Fall, daß hiedurch der Fortbeſtand des Geſchäfts der Firma Gerſon Nachfolger geſichert erſcheine, folgende Papiere übergeben“ — nämlich die vier Hinterlegungsſcheine;

2) es iſt nicht wahr, daß ich Ende April oder Anfang Mai 1891 die 4 Hinterlegungsſcheine meinem Sohn mit dem Auftrag übergeben habe, dieſelben für die Geſchäftszwecke der Firma Gerſon Nachfolger zu verwerten, und daß zu dieſem Zweck mein Sohn die Papiere für die Firma in Empfang genommen hat;

3) es iſt nicht wahr, daß zwiſchen mir und meinem für die Firma Gerſon Nachfolger handelnden Sohn Ende April oder Anfang Mai oder ſpäter im Jahr 1891 vereinbart worden iſt: a) daß die Firma Gerſon Nachfolger den Wert der Hinterlegungsſcheine mir ihrerſeits ſchulde, und b) daß damals weiter vereinbart worden iſt, es ſolle ein der unter a) erwähnten Verabredung entſprechender Eintrag in die Geſchäftsbücher der Firma Gerſon Nachfolger gemacht werden;

4) es iſt nicht wahr, daß ich Ende April oder Anfang Mai oder irgend einmal im Jahr 1891 meinen Sohn (als Vertreter der Firma Gerſon Nachf.) ermächtigt habe, die Beklagte mit dem Verkauf der 4 Hinterlegungsſcheine zu beauftragen;

5) es iſt nicht wahr, daß ich im Lauf des Jahres 1891 durch meinen Sohn erfahren habe, daß er für die Firma Gerſon Nachfolger die 4 Hinterlegungsſcheine der Beklagten zur Verfügung geſtellt oder die Beklagte zum Verkauf derſelben ermächtigt hat, und daß ich dieſe Rechtshandlungen meines Sohnes — wenigſtens nachträglich und uneingeſchränkt genehmigt habe.

Beklagte wurde unbedingt dem Klagantrag gemäß verurteilt. Ueber die Eideszuschiebungen ist in den

Gründen

des Berufungsurteils gesagt:

Nach dem Bisherigen fehlt es an dem von der Beklagten zu erbringenden Beweis dafür, daß sie Eigentum oder ein Faustpfand- oder Zurückbehaltungsrecht an den in Rede stehenden Hinterlegungsscheinen, bezw. den durch sie beurkundeten Forderungen erlangt — oder daß Klägerin ihr unbestrittenermaßen einmal vorhandenes Eigentumsrecht an diesen Gegenständen verloren hat. Es handelt sich daher nur noch darum, ob jener Beweis mittels der Eideszuschiebungen erbracht werden kann, deren sich Beklagte bedient hat. Dabei ist zunächst Folgendes zu bemerken. Beklagte vermag — wie die Vielheit und inhaltliche Verschiedenheit der Eidesformeln beweist — eine bestimmte Behauptung über das nicht aufzustellen, was zwischen der Klägerin und ihrem Sohn in Betreff der Scheine (Forderungen) verhandelt und vereinbart worden ist. Die Eideszuschiebungen beruhen lediglich auf Vermutungen. Allein deshalb sind sie nicht von vornherein unzulässig. Denn der Natur der Sache nach ist Beklagte in diesem Punkt auf Vermutungen beschränkt, diese lassen sich aber nicht ohne weiteres als unbegründet abweisen, es liegen vielmehr Umstände vor, welche diesen Vermutungen immerhin einen gewissen Anhaltspunkt zu geben geeignet sind. (Nach Hervorhebung solcher Umstände wird fortgefahren:) Auf derartige Indizien gegründete Vermutungen aber müssen als Gegenstand zulässiger Eideszuschiebungen angesehen werden; denn schließlich sind die meisten oder alle auf Indizien gestützte Behauptungen Vermutungen. Selbstverständlich aber muß die zu einer Behauptung umgeformte und zum Gegenstand einer Eideszuschiebung gemachte Vermutung für das, was damit bewiesen werden will, schlüssig und in gehöriger Bestimmtheit aufgestellt sein, wenn eine entsprechende Eidesauflage in Frage kommen soll. (Es wird nun ausgeführt, daß die den Eiden Ziff. 1 u. 2 zu Grund liegenden Behaup-

tungen widerlegt, die den Eiden Ziff. 3 u. 4 zu Grund liegenden unerheblich ſeien und ſodann fortgefahren:)

Endlich ſoll Klägerin beſchwören, daß ſie nicht die von ihrem Sohn über die Hinterlegungsſcheine getroffene Verfügung „wenigſtens nachträglich (und uneingeſchränkt) genehmigt" habe. Daß dieſe Genehmigung in der nächſtliegenden, unzweideutigen Form einer ſchriftlichen, für die Beklagte, bezw. die Verſorgungsanſtalt des Großherzogtums Baden beſtimmten Erklärung erfolgt iſt, vermag Beklagte nicht zu behaupten; aus den Schreiben des L. H. an die Beklagte erhellt auch, daß Klägerin zu einer derartigen Erklärung nicht zu bewegen war. Die von der Beklagten ins Feld geführten Umſtände, aus denen ſie eine Genehmigung der erwähnten Verfügungen des L. H. ſeitens der Klägerin ableiten will, enthalten — wie oben (in dem nicht abgedruckten Teil der Gründe) gezeigt worden iſt — eine ſolche nicht. Schon durch die Entſcheidungsgründe des erſten Richters iſt Beklagte darauf hingewieſen worden, daß hinſichtlich der zum Gegenſtand der Eideszuſchiebung gemachten „nachträglichen Genehmigung" die Begründung fehle, inwiefern Klägerin ein endgiltiges genehmigendes Wollen und nicht bloß eine Geneigtheit zur Genehmigung oder paſſiven Nichtwiderſpruch kundgegeben habe. Trotzdem hat Beklagte anzugeben unterlaſſen, in welcher Weiſe Klägerin ihre in Frage ſtehende Genehmigung kundgegeben haben ſoll, und hat damit unzweideutig bewieſen, daß ſie genauere thatſächliche Angaben in dieſer Richtung zu machen außer Stand iſt. Solche wären aber unerläßlich geweſen, wenn das Gericht auf einen Eid über die „Genehmigung" ſollte erkennen können: denn die „Genehmigung von Rechtshandlungen" iſt ein Rechtsbegriff, der nicht jedem Laien verſtändlich iſt und von jedem richtig verſtanden wird: hat doch Beklagte ſelbſt dies bewieſen, indem ſie eine Genehmigung der in Rede ſtehenden Rechtshandlungen des H. in einem Verhalten der Klägerin finden wollte, das eine ſolche nach richtiger Anſicht nicht enthielt. Es läge daher die Möglichkeit nahe, daß auch Klägerin den Begriff der Genehmigung un-

richtig auffassen und eine gleichgiltige Thatsache als eine Genehmigung oder eine für eine Genehmigung schlüssige Thatsache für unerheblich ansehen würde. Es wäre daher erforderlich gewesen, daß Beklagte die Worte und Handlungen der Klägerin bezeichnet hätte, in denen die fragliche Genehmigung von ihr gefunden werden wollte, um dem Gericht die Prüfung der Erheblichkeit der aufgestellten Behauptungen, das Urteil darüber, ob in jenen Worten und Handlungen eine Genehmigung liege, zu ermöglichen. So, wie er lautet, erscheint der Eid, weil nicht über eine Thatsache zugeschoben, als unzulässig.

Urteil des ersten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 16. Juni 1893 i. S. Vetter g. Henking.

65.

Zur Auslegung des § 94 C.P.O.

Kläger hatte in erster Instanz die Klage zurückgenommen und nur noch den Antrag gestellt: die Schuld des Beklagten festzustellen, durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben zu haben. Dieser Klagantrag wurde unter Verfällung des Klägers in die Prozeßkosten abgewiesen, die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde als unzulässig verworfen aus folgenden

Gründen:

Nachdem der Kläger in der Verhandlung in I. Instanz die Klage zurückgenommen hatte, bildete den Gegenstand des Rechtsstreits nur noch die Verpflichtung zu Tragung der Prozeßkosten, obgleich Kläger nachträglich noch gemäß § 253 C.P.O. den Antrag auf Feststellung dahin gestellt hatte, daß Beklagter durch sein Verschulden zu Erhebung der Klage Veranlassung gegeben habe. Denn dieser Antrag stellte nicht einen besonderen Streitpunkt auf, der neben dem Kostenpunkt als Hauptsache zu betrachten gewesen wäre und neben der Frage des Kostenpunkts eine weitere selbstständige Bedeutung gehabt hätte, der Antrag sollte vielmehr nach seinem Inhalt, sowie auch nach der ausdrücklich hiezu vom Kläger gegebenen Begründung

lediglich einen für den Kläger günſtigen Entſcheidungsgrund im Koſtenpunkt liefern. Hiernach enthielt das angefochtene Urteil eine Entſcheidung in der Hauptſache nicht, ſondern nur eine Entſcheidung im Koſtenpunkt, gegen welche nach § 94 C.P.O. das Rechtsmittel der Berufung unzuläſſig iſt. Dieſelbe war daher zu verwerfen.

Urteil des II. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 5. Oktober 1893 i. S. Kurz g. Wildermuth.

66.

Kann ein Konkursverwalter die Verwertung einer zur Maſſe gehörigen verfauſtpfändeten Forderung unter allen Umſtänden nur nach Maßgabe der Vorſchriften über die Zwangsvollſtreckung betreiben (§ 117 K.O.)?

Der klagende Konkursverwalter forderte vom Beklagten, daß er die ihm ſeinerzeit vom Gemeinſchuldner geliehene Summe von 4500 M. an die Konkursmaſſe bezahle. Beklagter hat die Zahlung verweigert, weil die Forderung einem Dritten verfauſtpfändet ſei, und geltend gemacht: ein Konkursverwalter könne die Verwertung von Abſonderungsgegenſtänden nach § 117 K.O. immer nur im Weg der Zwangsvollſtreckung betreiben. Kläger hat dies beſtritten. Zwiſchen ihm und dem Fauſtpfandgläubiger iſt vereinbart worden, daß Kläger die Forderung vom Beklagten einziehen ſoll. Es wurde dem Klagantrag gemäß erkannt.

In den

Gründen

iſt geſagt:

Es darf, was den § 117 der Konkurs-Ordnung anlangt, die Streitfrage, ob die Verwertung einer zur Konkursmaſſe gehörigen verfauſtpfändeten Forderung, wenn ſie von dem Konkursverwalter (lediglich) auf Grund jener Geſetzesbeſtimmung betrieben wird, durchweg unter Einhaltung der Vorſchriften über die Zwangsvollſtreckung, alſo mittels Pfändung

und Ueberweisung zu erfolgen hat[1]), für den vorliegenden Fall unentschieden gelassen werden. Denn soviel ist außer Zweifel, daß es dem Konkursverwalter unbenommen ist, sich mit den beteiligten Absonderungsberechtigten über eine andere Art der Verwertung, als der in den Formen der Zwangsvollstreckung, zu verständigen. Wenn in einem solchen Falle der § 117 der Konkursordnung überhaupt noch Platz greift, so sind doch zum mindesten durch das Einverständnis des Absonderungsberechtigten und, soweit dieses reicht, die sonst vorgeschriebenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln entbehrlich gemacht. Und sollte auch dem Drittschuldner einer verfaustpfändeten Forderung sonst ein eigenes Recht auf Beobachtung der in § 117 der Konkurs-Ordnung vorgeschriebenen Formen zuzugestehen sein, so kann ein solches doch nicht auch da anerkannt werden, wo der Konkursverwalter und der Pfandgläubiger über den direkten Einzug der Forderung durch den ersteren einig sind. Indem der Konkursverwalter hier die Forderung behufs der Realisierung des Absonderungsrechtes und Zuführung des etwaigen Ueberschusses an die Konkursmasse beitreibt, handelt er in legaler Vertretung, wie einerseits der Konkursmasse, so andrerseits des Pfandgläubigers. Der letztere kann nicht nebenher selbst sein Pfandrecht gegen den Drittschuldner ausüben, sondern seine Rechte nur mehr auf „den Erlös" geltend machen; und der Drittschuldner, welcher durch die Zahlung an den Konkursverwalter liberiert wird, und hiernach an einer vorgängigen Pfändung der Forderung kein rechtliches Interesse hat, darf gegenüber der Anforderung des Konkursverwalters diesfalls weder aus dem § 117 der Konkurs-Ordnung, noch aus dem civilrechtlich durch die Faustpfandbestellung und die Anzeige hievon bewirkten Zahlungsverbot (Pfandgesetz Art. 248) eine Einwendung herleiten. Es mag ihm, falls er etwa begründete Zweifel an dem Klagerecht des Verwalters hegen sollte, freistehen, den Schuldbetrag öffentlich zu deponieren; wenn er aber dem Konkursverwalter schlechthin

1) Vgl. Wilmowski, Konkurs-Ordg. § 117 S. 342 Nr. 3 Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurs § 32 S. 193 f.

die Zahlung der fälligen Schuld verweigert und es zur Klage kommen läßt, so thut er dies auf seine Gefahr.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 9. Nov. 1893 in Sachen Wohlfrom gegen Kaufmann'sche Konkursmasse.

67.

Wirkung der Ablehnung einer Operation auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten?

Dem Kläger ist bei einer Rauferei durch den Beklagten der linke Arm im Ellenbogengelenk gebrochen worden. Gegen die Schadensersatzklage des Klägers, womit er eine jährliche Rente von mindestens 400 M. forderte, hat Beklagter u. a. unter Berufung auf Sachverständigen-Gutachten eingewendet, daß Kläger durch eine gefahrlose, vernünftiger Maßen von ihm zu duldende Operation den vollen Gebrauch des verletzten Arms wieder erhalten würde. Dieser Einwand ist verworfen worden aus folgenden

Gründen:

Der Beklagte meint, unter Berufung auf Sachverständigengutachten, daß der Kläger durch eine gefahrlose, vernünftigermaßen von ihm zu duldende Operation den vollen Gebrauch des verletzten Arms wieder erhalten würde, daß er also, wenn er sich zu solcher Operation nicht herbeilasse, die fernere Arbeits- und Erwerbsfähigkeit selbst verschulde und Beklagter diesen vom Kläger vermeidbaren Nachteil nicht zu ersetzen habe.

Dieser Einwand ist jedoch thatsächlich nicht begründet.

Denn wenn man auch von der Frage der rechtlichen Zulässigkeit dieses Einwands absieht [1]) und wenn man nicht so weit geht, zu sagen, daß es lediglich dem freien Willen des Verletzten unterstehe, ob er sich einer Operation unterwerfen wolle oder nicht, und daß eine Verweigerung der Einwilligung

1) Vergl. darüber Endemann, die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten, 1893.

einen vermögensrechtlichen Nachteil, eine Aufhebung oder Minderung der Rente, keinenfalls zur Folge haben könne [1]), wenn man vielmehr davon auszugehen hat, ob nach billigem Ermessen und nach den Anforderungen, die man an das Verhalten eines vernünftigen Menschen zu stellen hat, dem Verletzten zuzumuten ist, daß er sich einer Operation unterziehe [2]), so ist auch letzteres im vorliegenden Fall zu verneinen. Die Verletzung ist eine durch Frakturen komplizierte Luxation des linken Ellenbogengelenks (Zeugnis des Dr. Hartmann), eine Ausrenkung der linken Armspeiche aus dem Ellenbogengelenk mit gleichzeitigem Bruch am untersten Ende des linken Oberarms (Gutachten des Dr. Burkhardt). Diese somit schwere Verletzung ist nunmehr nach 1½ Jahren in einer Weise verwachsen und vernarbt, daß das Ellenbogengelenk steif geworden ist. Es leuchtet ein, daß es sich hier um einen keineswegs einfachen und um einen sehr schmerzhaften oder nur unter Anwendung von Betäubungsmitteln ausführbaren operativen Eingriff handeln kann, welcher ein mehrwöchentliches Kranksein zu Folge haben muß und bei welchem, wie auch ohne Anhörung eines Arztes gesagt werden kann, ein günstiger Erfolg mit völliger Bestimmtheit nicht zum voraus zugesichert werden kann. Einer solchen weitgehenden Operation, welche, wie hervorzuheben ist, nicht etwa einer Verschlimmerung vorbeugen, sondern nur eine Verbesserung herbeiführen soll, sich zu unterwerfen, erfordert eine besondere Willensstärke und Zuversicht und kann deshalb dem Kläger auch bei Anlegung des genannten Maßstabs billiger Weise nicht zugemutet werden [3]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 10. Mai 1894 i. S. Hinz g. Keßler.

---

1) wie das Reichsversicherungsamt in ständiger Rechtsprechung für das Gebiet der Unfallversicherung festhält vgl. dessen Rekursentscheidung vom 28. Nov. 1892 in den Amtlichen Nachrichten des Reichsversicherungsamts, Jahrgang 1893, Fall 1213 S. 159.

2) Vgl. die Entsch. des Reichsgerichts in Seuffert's Archiv Bd. 46 Nr. 189.

3) Vgl. dazu Endemann a. a. O. S. 88 ff. S. 98.

68.

Gehen auf die württ. Gebäudebrandversicherungsanstalt durch Leistung der Vergütung an einen Versicherten von selbst dessen Rechte gegen den ersatzpflichtigen Dritten über?

Die württ. Gebäudebrandversicherungsanstalt, die dem bei ihr versicherten A. P. dessen Brandschaden vergütet hat, hat gegen die Beklagte als Erbin des Brandstifters Regreß genommen.

Beklagte hat die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten, weil eine Cession des Anspruchs des Beschädigten P. an die Klägerin nicht behauptet und dieser Anspruch nicht kraft Gesetzes auf die Klägerin übergegangen sei. Die Beklagte ist aber dem Klagantrag entsprechend verurteilt worden aus folgenden

Gründen:

Was die — in der gegenwärtigen Instanz erst — von der Beklagten bestrittene Legitimation der Klägerin zur Sache anlangt, so ist die Klage nicht auf eine rechtsgeschäftliche Cession des Ersatzanspruches seitens des Brandbeschädigten, sondern in erster Instanz darauf gestützt worden, daß die Klägerin auf Grund des gesetzlichen Versicherungsverhältnisses dem beschädigten Gebäudeeigentümer den Brandschaden zu ersetzen hatte, wozu weiter vorgebracht worden ist, es sei der Brandstifter durch seine That der Klägerin als der durch den Brandfall „eigentlich Verletzten" zum Ersatze des verursachten Schadens verpflichtet worden. Und es hat denn auch der Unterrichter die Verurteilung der Beklagten damit begründet, daß J. V. durch die begangene strafbare Handlung nicht bloß dem unmittelbar beschädigten Hauseigentümer P., sondern auch der mittelbar beschädigten Klägerin gegenüber zum Ersatze des gestifteten Schadens verpflichtet worden sei.

Es mag nun allerdings zum mindesten als zweifelhaft erscheinen, ob sich schon nach den Grundsätzen über Haftung aus Delikten ein eigenes, direktes Klagerecht der Brandver-

sicherungsanstalt gegen den Urheber des Brandes begründen ließe. Das aquilische Gesetz, an dessen Anwendung man zunächst zu denken hätte, gewährt grundsätzlich nur dem an der beschädigten oder zerstörten Sache dinglich Berechtigten ein Klagerecht und auch die Ausdehnung, welche jenes Gesetz in der gemeinrechtlichen Praxis — vgl. auch W. Gesetz vom 5. Sept. 1839 Art. 13 — insbesondere zu Gunsten der alimentationsberechtigten Angehörigen einer getödteten oder verletzten Person erfahren hat, ist nicht soweit gegangen, daß jedem auch nur mittelbar, etwa zufolge eines Vertragsverhältnisses mit dem Verletzten, Beschädigten ein Klaganspruch eingeräumt würde [1]).

Wenn sodann die Klägerin nunmehr auch die actio doli erhoben haben will, so ist es zwar richtig, daß nach den Grundsätzen über Haftung wegen Argliſt der Thäter für jeden auch nur mittelbar verursachten Schaden aufzukommen hat; auch mag zugegeben werden, daß die actio doli wenigstens als subsidiäre Klage bei jeder böswilligen Vermögensbeschädigung [2]) und so namentlich im Falle eines vorsätzlich verübten Verbrechens oder Vergehens zu gewähren sei. Allein hieraus ergäbe sich zunächst nur ein Klageanspruch Desjenigen, an welchem das Delikt — dolos — verübt worden ist. Die Beschädigung einer gegen Schaden versicherten Sache — wie auch die Verletzung einer gegen Tod oder Unfall versicherten Person — stellt, obschon vorsätzlich begangen, nicht ohne Weiteres zugleich ein gegen den Versicherer verübtes Delikt dar [3]).

Die Unterstellung, es habe bei einer Brandstiftung im Hinblick auf die bei uns bestehende allgemeine Zwangsver-

---

1) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 137 mit Anmerkung. Bd. 30 Nr. 146, Bd. 31 Nr. 36. Entsch. des Reichsgerichts I. Nr 39 S. 90. VII. Nr. 44 S. 139 ff. IX. Nr 36 S. 163. X. Nr. 39 S. 133. XXII. Nr. 42 S. 209.

2) Vgl. Dernburg Pand. II. § 138 S. 358.

3) Vgl. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts § 15 S. 217 bei Nr. 34. Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs zu § 704 f. S. 728 vgl. mit S. 747.

ſicherung der Gebäude der Thäter gewußt oder wiſſen müſſen, daß die Brandverſicherungsanſtalt von dem Schaden betroffen werde und es habe derſelbe alſo doloſer Weiſe dieſe Anſtalt beſchädigt, iſt keinenfalls überall angängig und würde gerade im vorliegenden Fall, wo der Thäter, ein ungebildeter Bauernknecht, den Gebäudeeigentümer zu ſchädigen trachtete, eines zureichenden Anhaltes ermangeln.

Indeſſen kann von einer Entſcheidung dieſer Fragen abgeſehen werden. Denn das Klagerecht der Brandverſicherungsanſtalt iſt jedenfalls aus dem Geſichtspunkte des Eintritts derſelben in den Schadenserſatzanſpruch des Verſicherten, welcher Eintritt von Rechtswegen durch die Leiſtung der Brandvergütung an den letzteren zum Betrag dieſer Leiſtung erfolgt iſt, als begründet anzuerkennen. In der Geltendmachung dieſes Rechtsgrundes ſeitens der Klägerin iſt nicht etwa eine nach § 489 der C.P.O. unzuläſſige Klageänderung zu erblicken; denn die Klägerin hat zur Begründung ihrer, wenn auch anſcheinend nur aus eigenem Recht, erhobenen Klage diejenige Thatſache angeführt, welche, wie zu zeigen ſein wird, den Eintritt der Verſicherungsanſtalt in die Rechte des Verſicherten von ſelbſt zur Folge hat: die auf Grund des geſetzlichen Verſicherungsverhältniſſes von der Klägerin an den Brandbeſchädigten geleiſtete Schadensvergütung; und ſie hat hieraus den eingeklagten Erſatzanſpruch gefolgert.

Die juriſtiſche Konſtruktion, welche dieſe Schlußfolgerung rechtfertigt, iſt hier für die Beſtimmung des Klagegrundes nicht weſentlich. Die Ausführung ſeitens der Klägerin, ſie ſei „die eigentlich Verletzte“, mag ſtrengrechtlich genommen nicht ganz zutreffend ſein, iſt aber ſachlich nicht unrichtig und auch mit dem Klagegrund eines Eintrittsrechts der Verſicherungsanſtalt wohl vereinbar. Wenn alſo die Klägerin, welche ihren Regreßanſpruch wohl eben nach Maßgabe der bei uns hierüber geltenden Rechtsgrundſätze hat erheben wollen, nunmehr unter Berufung auf eine frühere gerichtliche Entſcheidung jenes Eintrittsrecht geltend macht, ſo liegt darin nur eine nach § 240[1] C.P.O. zuläſſige Ergänzung der rechtlichen Anführungen.

Die allerdings nicht unbestrittene Frage nämlich, ob der Versicherer durch Leistung der Vergütung von selbst in die Rechte des Versicherten gegen den ersatzpflichtigen Dritten eintrete, hat man in Uebereinstimmung mit der von dem vormaligen Kgl. Obertribunal unterm 13. März/3. April 1867 in Sachen der Gebäudebrandversicherungsanstalt gegen Ruthardt getroffenen Entscheidung [1]) zum Wenigsten, soweit es die Rechtsverhältnisse der Württembergischen Gebäudebrandversicherung angeht, zu bejahen.

Dieses sogenannte Eintrittsrecht des Versicherers, welches in zahlreichen Gesetzen, beziehungsweise Gesetzesentwürfen, insbesondere auch in Art. 808 des Deutschen Handelsgesetzbuchs Aufnahme gefunden hat, bedarf zu seiner Stütze nicht der jetzt fast allgemein aufgegebenen These, daß überall da, wo die Cession rechtlich erzwingbar sei, der Anspruch von selbst vermöge einer cessio legis oder ficta übergehe. Und es kann ferner dahin gestellt bleiben, ob eine analoge Anwendung des in Art. 808 des Handelsgesetzbuchs für die Seeversicherung ausgesprochenen Satzes auf die Binnenversicherung zulässig wäre, falls es sich nur um die positive gesetzliche Bestimmung handeln würde [2]).

Denn es darf, wie schon das vormal. K. Obertribunal bei der angeführten Entscheidung zu Grunde legte, in der fraglichen Bestimmung des Handelsgesetzbuches der Ausdruck eines allgemeinen, auch sonst im Versicherungsrecht geltenden Grundsatzes gefunden werden (der, einen verschiedenartigen Fall, den einer versicherten Forderung, regelnde Art. 809 des H.G.B., aus welchem also mit Unrecht eine Inkonsequenz des Gesetzes hergeleitet werden will, steht dieser Auffassung nicht im Wege [3]). Der ipso jure erfolgende Uebergang der Schadens-

1) Württ. Archiv Bd. X. S. 152 = Seuffert A. 21 Nr. 75.

2) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts XXII. Nr. 27 S. 148. Ehrenberg, Versicherungsrecht (Binding's Handbuch III., 4) Bd. 1 § 40 S. 518 Note 12. Malß, Zeitschrift für Versicherungsrecht I. S. 325 f. Goldschmid, Zeitschrift für H.-R. VI. S. 364. XIII. S. 485.

3) Vgl. — gegen Ehrenberg a. a. O. — Lewis a. a. O. S. 219.

ersatzansprüche auf den Versicherer ist in dem Wesen des Versicherungsvertrags, der zu vermutenden Intention der Beteiligten und im natürlichen Recht wohl begründet. Das Eintrittsrecht (Subrogation) des Versicherers hat sich ohne Zweifel in dem wesentlich internationalen Seeversicherungsrecht, welches das Vorbild für die (jüngere) Binnenversicherung war und blieb, ausgebildet, und es hat dasselbe, wie mit einer Mehrzahl der Rechtslehrer angenommen werden kann, gewohnheitsrechtliche Geltung auch für die letztere Versicherung (Güterversicherung) erlangt [1]).

Daß aber gerade in Württemberg der ipso jure erfolgende Eintritt der hier als staatliches Institut bestehenden Gebäude-Brandversicherungsanstalt in den Regreßanspruch von Alters her Rechtens war und dies noch ist, ergiebt sich aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Anstalt und dem Verlauf der Gesetzgebung in Betreff derselben.

Die am 16. Januar 1773 erlassene Herzoglich Württ. allgemeine Brandschadensversicherungsordnung [2]), durch welche die erste Brandversicherungsordnung vom 26. Juli 1756 [3]) ersetzt und an Stelle der früheren freiwillig konstituierten Versicherungsgesellschaften eine allgemeine Zwangsversicherung eingeführt worden ist, hatte in §§ 83—100 eingehende Bestimmungen für die Fälle, wo der Brand von dem Eigentümer oder einem Dritten (§ 100) vorsätzlich oder schuldhafter Weise verursacht worden ist, getroffen. In § 89 ist für den Fall, wo die Erholung des Ersatzes von dem Schuldigen einem

1) Lewis Lehrbuch des Versicherungsrechts § 15 S. 227. Stobbe, D. Privatrecht II. § 177 S. 191 und N. 76. Bähr, Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag in Kohler und Ring, Archiv für bürgerliches Recht Bd. VII. Art. 40 S. 14 S. 52. Malß in Goldschmids Zeitschr. XIII. S. 485. Hegler-Stiegele, Recht der Forderungen § 76 S. 205 f. Note 10. Vgl. auch die „allgemeinen Versicherungsbedingungen" in Goldschmid's Zeitschrift Bd. XX S. 388 § 17 und hiezu Bähr a. a. O. S. 29.

2) Reyscher, Gesetzessammlung XIV. S. 871 ff. Vgl. auch Hufnagel, Mitteilungen I. S. 201 ff.

3) Reyscher a. a. O. S. 523.

langen Anſtand unterworfen wäre, angeordnet, daß zwar der Schaden dem Verunglückten ſogleich einſtweilen von der Sozietät zu erſetzen, demſelben aber unbenommen ſei, den Schuldhaften rechtlich zu belangen. Wenn aber diesfalls die Verunglückten den Prozeß ſelbſt zu übernehmen nicht gemeint oder nicht vermögend ſein ſollten, ſo ſtehe es der Sozietät frei, in Anſehung des verurſachten Schadens „einen ſolch' Schuldhaften ſelbſt zu aktionieren", wozu die herzogliche Brandſchadensverſicherungsdeputation jedesmal einen Syndicum im Namen der Sozietät zu beſtellen hatte. — Der Gedanke, daß es zuvor einer Ceſſion ſeitens der Verunglückten an die Sozietät bedürfe, iſt hier nirgends angedeutet und dem Geſetzgeber auch zweifellos ferne gelegen.

In § 17 der am 21. Auguſt 1805 für die neu erworbenen Landesteile ergangenen Neu-Württembergiſchen Brandverſicherungs-Ordnung [1]) iſt für den Fall, daß ein Gebäudeinhaber aus wirklicher Bosheit und Vorſatz, welchem unverantwortlich große Schuld gleich gehalten wird, ein Brandunglück anrichtete, beſtimmt: „die durch einen ſolchen boshaften Brandſtifter beſchädigten Mitglieder der Geſellſchaft werden zwar von dieſer entſchädigt, dagegen aber tritt dieſelbe in ihr Regreßrecht an den Brandſtifter ein". Die neue allgemeine Brandſchadensverſicherungsordnung vom 17. Dezember 1807 (Regierungsbl. von 1808 S. 29 ff.), welche ſämtliche Landesteile in eine einzige Brandſchadensverſicherungsgeſellſchaft vereinigte, enthielt in § 18 Vorſchriften darüber, wie es mit der Entſchädigung gehalten werde, wenn der Eigentümer oder der dermalige Bewohner eines Gebäudes einen Brand verurſacht hat. Es wird in Abſ. 1 und 2 der Gebäudeinhaber ſelbſt für den Fall des dolus und der culpa lata jedes Anſpruchs auf die Entſchädigung für verluſtig erklärt, in Art. 3 und 4 Vorſorge zu Gunſten der Unterpfandsgläubiger getroffen; in Abſ. 5 iſt für den Fall, wo der Brand nicht von dem Eigentümer, ſondern einem dermaligen Hausbewohner, Nutznießer,

1) Reyſcher XIV. S. 1284 ff

Mieter ꝛc. angerichtet worden, bestimmt, daß zwar dieser, soweit sein Vermögen reicht, den Eigentümer zu entschädigen habe, wenn aber sein Vermögen nicht zureiche, insoweit der Schaden von dem Brandversicherungsinstitut vergütet werde. Und hierauf folgt Abs. 6:

„übrigens werden die durch einen solchen Brand weiters „beschädigten Mitglieder der Gesellschaft in jedem Fall „von dieser entschädigt. Hingegen wird derselben nicht „nur in diesem, sondern auch in den oben erwähnten „Fällen für die geleisteten Entschädigungen der Regreß „an den Brandstifter hiemit ausdrücklich vorbehalten".

Unter diesem hier ausdrücklich vorbehaltenen, also gesetzlich statuierten Regreß ist aber zweifellos der Regreß im Sinne des bisher geltenden Rechts, wie er zuletzt in § 17 der Neu-Württembergischen Brandversicherungsordnung positiven Ausdruck gefunden hatte, verstanden; und der gleiche Eintritt in das Regreßrecht war ohne Frage auch für den, wenn gleich jetzt nicht mehr besonders aufgeführten, Fall der Brandstiftung durch einen dritten Nichthausbewohner als dem Versicherungsinstitut von Rechtswegen zukommend vorausgesetzt.

Das Gesetz vom 14. März 1853 über die veränderte Einrichtung der allgemeinen Brandversicherungsanstalt (Regbl. S. 79 ff.), welches nach Art. 53 an die Stelle des Generalreskripts vom 17. Dezember 1807 getreten ist, enthält nun allerdings eine Bestimmung über die Regreßnahme gegen den Brandstifter nicht mehr. Dies hat jedoch nicht die Bedeutung, daß die hierüber bestehenden Rechtsnormen aufgehoben werden wollten, hängt vielmehr nur mit der Abänderung des bisherigen Gesetzes nach einer andern Richtung zusammen. Es wurde nämlich der § 18 des Generalreskripts von 1807 ersetzt durch den Art. 32 (Entwurf Art. 34) des nunmehrigen Gesetzes. Das neue Gesetz wollte die Vorschrift des Generalreskripts, wornach im Falle des von einem Hausbewohner angerichteten Brandes der Eigentümer zuerst diesen auszuklagen hatte, beseitigen. Mit dem bezüglichen Abs. 5 des § 18 der früheren Brandschadensversicherungsordnung kam auch der

Absatz 6 in Fortfall und so blieb aus dem neuen Gesetz auch der ausdrückliche Regreßvorbehalt, welcher an jene Vorschriften angeknüpft war, weg [1]).

Hieraus und aus den weiteren ständischen Verhandlungen [2]) läßt sich entnehmen, wie die gesetzgebenden Faktoren keineswegs gemeint waren, in Betreff des Regreßanspruches der Brandversicherungsanstalt an den bisher geltenden materiellrechtlichen Grundsätzen, abgesehen von der erwähnten „singulären" Vorschrift des früheren Gesetzes, etwas zu ändern. Daß vielmehr nach wie vor die Versicherungsanstalt von Rechtswegen „ihren Regreß an den fremden Thäter nehme" [3]), wurde offenbar als selbstverständlich angenommen, und man hielt es wohl eben deshalb nicht für erforderlich, eine ausdrückliche Bestimmung dieserhalb zu treffen.

Sollte nun auch die Annahme nicht zulässig sein, daß die fragliche in den früheren Brandversicherungsordnungen hinsichtlich der Regreßnahme getroffene Bestimmung — weil durch das neue Gesetz nicht aufgehoben und mit dessen Inhalt nicht im Widerspruch stehend — als gesetzliche Rechtsnorm in fortdauernder Geltung geblieben sei [4]), so unterliegt es doch keinem Bedenken, dem Eintritt der Gebäudebrandversicherungsanstalt in die Rechte der Versicherten für die Zeit seit Aufhebung der älteren Gesetze gewohnheitsrechtliche Geltung beizulegen. Eine solche Gewohnheit (Observanz in diesem Sinne), welche nicht bloß in vermeintlicher Anwendung positiven Rechtes, sondern in einer selbständigen, wenn auch vielleicht von der früheren Theorie der „notwendigen" Cession beeinflußten, Rechtsüberzeugung wurzelte, kann man im Hinblick auf das mehrerwähnte im Jahre 1867 ergangene Präjudiz und auf die in den älteren Gesetzen enthaltenen Anwendungen

1) Vgl. Motive, Verh. der Kammer der Abg.O. 1851/52 I. Beil. Bd. S. 123. Kommissionsbericht ders. Kammer ebendort S. 397.

2) Kammer der Abgeordneten. Protok. Bd. IV. S. 2298. Kammer der Standesherrn Protok. Bd. I. S. 488.

3) Vgl. Kommissionsbericht S. 399.

4) cf. Wächter, W. Privatrecht II. § 28 S. 163.

des fraglichen Rechtsatzes um so eher für nachgewiesen erachten, als dieselbe einem, wie schon ausgeführt, auf dem Gebiete des Versicherungsrechtes auch sonst geltenden Grundsatze entspricht. Und wenn auch für einen konstanten Gerichtsgebrauch weitere spezielle Belege nicht sofort erbringlich waren, so erscheint doch ohne Weiteres die Annahme begründet daß, wie schon in den früheren Zeiten der Regel nach [1]), so namentlich seit jener Entscheidung des K. Obertribunals von der Praxis in den Angelegenheiten der Württemb. Gebäudebrandversicherungsanstalt an dem Eintrittsrechte der Anstalt festgehalten worden ist. Diese Rechtsübung entspricht schließlich der bei uns bestehenden Einrichtung der staatlichen Zwangsversicherung gegen Gebäudebrandschaden, welche eine direkte Regreßnahme der Anstalt gegen den Brandstifter als natürlich, wenn nicht als notwendig, erscheinen läßt, und sie steht im Einklang mit den von der Reichsgesetzgebung in den Gesetzen über die Zwangsversicherung von Personen hinsichtlich des Uebergangs der Ersatzansprüche gegen Dritte auf die Träger der Versicherung getroffenen Bestimmungen [2]).

Wenn der Vertreter der Berufungsbeklagten die ausdrückliche Aufnahme derartiger Vorschriften in die bezeichneten Gesetze gegen die sonstige Geltung des Eintrittsrechtes der Versicherungsanstalten zu verwerten versucht hat, so bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der Gesetzgeber hier gute Gründe hatte, den gesetzlichen Uebergang des Anspruches auf die Versicherungsverbände, auch wo derselbe sich als selbstverständlich dargestellt hätte, durch positive Normen sicher zu stellen [3]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 5. April 1894 i. S. Hug g. württ. Gebäudebrandversicherungsanstalt.

---

1) Vgl. Klumpp, das Gesetz vom 14. März 1853 zu § 22 der Vollzugsverordnung S. 120, 121.

2) Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 (Redaktion vom 10. April 1892 R.G.Bl. 1892 S. 417 ff.) § 57 Abs. 4. Unfallversicherungsgesetz vom 4. Juli 1884 R.G.Bl. S. 69 ff. § 98. Landwirtschaftl.

69.

Schadensersatzforderung einer Konkursmasse gegen eine andere Konkursmasse wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags, wenn beide Kontrahenten in Konkurs gekommen sind (§§ 15. 21 K.O.)?

Am 20. Juli 1891 hat der Fabrikant Gustav Koch in Stuttgart bei dem Kaufmann Hugo Braun daselbst 1000 Faß = 170 000 Kg. Leinöl auf Abruf innerhalb 1½ Jahren, also bis 20. Januar 1893, zum Preis von 52 M. für 100 Kg. bestellt.

Ehe auch nur ein Teil des Leinöls abgerufen war, sind beide Teile in Konkurs geraten; gegen Koch ist der Konkurs am 23. Dezember 1891, gegen Braun am 7. Januar 1892 eröffnet worden.

Am 15. Januar 1892 schrieb der Braun'sche Konkursverwalter an den Koch'schen Konkursverwalter: — — „Da beide Kontrahenten in Konkurs geraten sind, so wird von Erfüllung dieses Lieferungsvertrags nicht mehr die Rede sein können, und wir uns darauf beschränken müssen, unsere Ersatzforderungen gegenseitig anzumelden. Ich bitte Sie, mir Ihr Einverständnis gefälligst zu bestätigen". Tags darauf erwiederte der Koch'sche Konkursverwalter: „Als Konkursverwalter des Koch habe ich — zu erwidern, daß ich meinerseits die Erfüllung der Lieferung von Seiten der Braun'schen Konkursverwaltung nicht beanspruche". Der Braun'sche Konkursverwalter hat hierauf im Konkurs des Koch eine Schadensersatzforderung für nicht bezogene 1000 Faß = 170 000 Kg. Leinöl mit 7 M. für 100 Kg. = 11 900 M. angemeldet, welche vom Koch'schen Verwalter bestritten worden ist.

Unfallversf.-Gesetz vom 5. Mai 1886 R.G.Bl. S. 131 ff. § 119. Hiezu Mandry, civilrechtl. Inhalt 2c. 3. A. S. 367, S. 441.

3) Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XXIV. Nr. 23 S. 129.

Die Braun'ſche Konkursverwaltung beantragt deshalb klagend die Feſtſtellung dieſer Forderung auf 11 900 M. gegenüber der Koch'ſchen Konkursverwaltung; die Beklagte hat Abweiſung der Klage beantragt.

Außer Streit iſt, daß der Preis des Leinöls in der ganzen Zeit vom 20. Juli 1891 bis zum 20. Januar 1893 in Stuttgart ſich nie über 45 M. für 100 Kg. geſtellt hat, der Unterſchied gegenüber dem bedungenen Kaufpreis von 52 M. alſo ſtets 7 M. für 100 Kg. betragen hat.

Klägerin hat in I. Inſtanz ihre Entſchädigungsforderung, unter Bezugnahme auf § 15, 21 K.O. R.G.E. 22 S. 107 ff., damit begründet: bei wirklicher Erfüllung des Vertrags hätte Braun die Ware, für die ihm 52 M. von Koch zu bezahlen war, um weniger als 45 M. hier ſich verſchaffen können, alſo mindeſtens 7 M. an 100 Kg. gewonnen, ſomit an 170 000 Kg. 1700 mal 7 = 11 900 M.

Beklagter hat Klagabweiſung beantragt, indem er beſtritt, daß für den klagenden Konkursverwalter die Vorausſetzungen gegeben ſeien, unter denen nach § 21 K.O. eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung eines Vertrags als Konkursforderung angemeldet werden könne. Die Klage iſt in zweiter Inſtanz abgewieſen worden aus folgenden

Gründen:

Nach Sinn und Wortlaut des § 21 K.O. iſt die (als Konkursforderung geltend zu machende) „Forderung einer Entſchädigung wegen der Nichterfüllung“ eines gegenſeitigen Vertrags nach dem betreffenden Landrecht, hier alſo nach dem in Württemberg in dieſem Punkt nicht abgeänderten gemeinen Recht, zu beurteilen und danach die Erſatzleiſtung, welche an die Stelle der — in Folge der Konkurseröffnung und der Erklärung des Verwalters für Nichterfüllung — nichteintretenden Naturalerfüllung des gegenſeitigen Vertrags zu treten hat, als die Forderung des (poſitiven) Erfüllungsintereſſes zu beſtimmen; Klägerin hat alſo dasjenige zu fordern, was ſie gehabt hätte, wenn der Kaufvertrag vom 20. Juli 1891 zur Erfüllung in Natur gelangt wäre; ſie muß alſo zu Begründung

ihrer Ersatzforderung behaupten können, daß ohne die Erklärung des betreffenden Konkursverwalters für Nichterfüllung (oder im Fall seiner Erklärung für Erfüllung) sie den Gewinn von 7 M. an 100 Kg., der ihr in Folge jener Erklärung entgangen sein soll, gemacht haben würde; allein diese Behauptung kann Klägerin mit Grund nicht aufstellen.

Nach der Natur des fraglichen Kaufvertrags als eines gegenseitigen und zwar — mangels der Beredung einer Vorleistung — Zug um Zug zu erfüllenden Vertrags konnte die klägerische Konkursverwaltung Erfüllung desselben nur dann verlangen, wenn sie auch ihrerseits zur Erfüllung, also zur Lieferung der verkauften 1000 Faß Leinöl bereit und im Stande war. Man kann nun die Frage, ob sie im Besitz des hierfür erforderlichen Bargelds oder Kredits war, bzw. sich diesen zu verschaffen im Stand gewesen wäre, dahingestellt lassen, weil sie auch dann, wenn dies der Fall gewesen sein sollte, nicht befugt war, den Vertrag auf Kosten und Gefahr der Gläubiger abzuwickeln, sofern sie hiedurch — bei der Ungewißheit der künftigen Gestaltung der Preise des Leinöls und bei dem großen Umfang der Bestellung — die Gläubiger mit einer zu großen Gefahr belastet haben würde; durch ein derart gewagtes Unternehmen würde der Konkursverwalter und bzw. der Gläubigerausschuß (K.O. § 121 Nr. 2 § 122 Nr. 2) seine Pflicht gegenüber der Gläubigerschaft offenbar verletzt haben; daß er dies gethan hätte, kann aber nicht unterstellt werden.

Daß Klägerin den fraglichen Gewinn nicht erlangt hat, hatte somit seinen Grund nicht sowohl darin, daß der beklagte Verwalter für Nichterfüllung sich erklärt hat, als vielmehr darin, daß Klägerin ihrerseits nicht erfüllen durfte; der Gewinnentgang ist zurückzuführen auf ein in ihrem eigenen Rechtskreis gelegenes Hindernis, und darum die Beklagte zur Ersatzleistung nicht verpflichtet.

(Weiter wird ausgeführt, daß Klägerin selbst nach dem Schreiben des klagenden Verwalters vom 15. Januar 1892 mit der Nichterfüllung des Vertrags vom 20. Juli 1891 ein-

verſtanden geweſen ſei und der von der Anmeldung gegenſeitiger Erſatzforderungen ſprechende Teil dieſes Schreibens auf ſolche Erſatzforderungen bezogen werden könne, die etwa dem einen oder dem andern Teil in Folge von Deckungsgeſchäften zugeſtanden ſein möchten, die vor der Konkurseröffnung im Hinblick auf den Lieferungsvertrag mit dritten Perſonen abgeſchloſſen ſein konnten).

Urteil des I. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 4. Mai 1894 i. S. Koch'ſche Konkursverwaltung gegen Braun'ſche Konkursverwaltung.

70.

Succeſſives Vermächtnis oder Stiftung?

Durch die letztwillige Verfügung der W. B.'ſchen Eheleute vom 17. Mai 1886 iſt ein Teil ihres Nachlaſſes einer abgeſonderten, „wo möglich unter Aufſicht der Pupillarbehörden" zu führenden Verwaltung mit der Beſtimmung unterſtellt worden, daß der jährliche Reiuertrag desſelben den Enkeln der teſtierenden Ehegatten nach Kopfteilen ausgefolgt werden, daß auf Ableben der einzelnen Enkel deren legitime Deſzendenten in fortgeſetzter ſtammweiſer Succeſſion an ihre Stelle treten, nach Ablauf von 80 Jahren aber das bis dahin unangreifbare Kapital unter die vorhandenen Deſzendenten nach Maßgabe der beſtehenden Repartition des Fruchtgenuſſes verteilt werden ſolle. Aus dem Kapital dieſer Familienſtiftung wurde eine Erbſchaftsſteuer von 8 % angeſetzt von dem Geſichtspunkt aus, daß durch die letztwillige Verfügung der B.'ſchen Eheleute eine Familienſtiftung als ſelbſtändiges Rechtsſubjekt geſchaffen worden ſei, die gemäß Art. 8 Abſ. 2, Art. 13 des Erbſchaftsſteuergeſetzes vom 24. März 1881 ſteuerpflichtig ſei. Auf erhobene Beſchwerde wurde der Steueranſatz aufgehoben aus folgenden

Gründen:

Der Wortlaut der getroffenen Verfügung bringt nicht zum

Ausdruck, daß den jeweils berechtigten Personen über das gedachte Bezugsrecht hinausgehende Befugnisse in Beziehung auf das gestiftete Vermögen zustehen sollen, aber er besagt ebensowenig, daß das Vermögen im Eigentum einer fremden Person, insbesondere einer zu diesem Zweck erst ins Leben zu rufenden Rechtspersönlichkeit, stehen müsse; er schließt nicht aus, daß als Eigentümer des den Abkömmlingen der drei Kindesstämme zugedachten Vermögens schon während der Dauer der verfügten Beschränkungen die jeweils bezugsberechtigten Deszendenten zu betrachten seien. Dieser Annahme steht die zur Sicherung der fideikommissarischen Nachfolge für nötig erachtete Anordnung einer selbständigen und einheitlichen Verwaltung des Grundstocks nicht im Wege. Denn diese Anordnung, der, soweit sie rechtlich ausführbar ist, die Beteiligten durch ihre Annahme der Zuwendung sich freiwillig unterwarfen, enthält keine mit dem Begriff des Eigentums unvereinbare Beschränkung, wenn dieses ihr gemeinschaftliches Eigentum auch regelmäßig nur in dem Fruchtbezug aus der Hand des Verwalters sich bethätigen und die einzelnen Bezüge nach Absicht der Testierer erst mit der Thatsache der Auszahlung ihrer freien Verfügung unterliegen sollen. Die im Interesse der Rechtsnachfolger verordnete Entziehung der Verwaltung und Einschränkung des Verfügungsrechts der jeweiligen Interessenten hindert nicht, sie als die Träger des Eigentumsrechts am Vermögensgrundstock anzusehen, der in gleicher Weise auf weitere Generationen übertragen werden soll.

Diese rechtlich zulässige Auslegung, welche der Beschwerdeführer namens der Bedachten geltend macht, muß auch als die sachgemäße und den Umständen entsprechende anerkannt werden. Die an die gesetzliche Successionsordnung innerhalb der Stämme der zunächst berufenen Enkel sich anschließende bedingungslose Weitergabe des Vermächtnisses, der ausschließliche und allgemeine Zweck, die betreffenden Familienglieder mit einer namhaften Kapitalrente, die ihrem standesmäßigen Fortkommen dienen soll, zu versorgen, endlich die Beschränkung dieser besonderen Anordnung auf wenige Generationen lassen ein Be-

dürfnis der Gründung einer Familienstiftung als besonderen Rechtssubjekts nicht gegeben erscheinen. Für die von den Testierern beabsichtigte Rechtswirkung war die Errichtung eines successiven Vermächtnisses (sogen. bürgerlichen Familienfideikommisses) in Verbindung mit der angeordneten Vermögensverwaltung ausreichend und geeignet; und wenn sie diese Verwaltung als öffentliche sich denken und für die Einrichtung einer solchen einerseits die der Obrigkeit obliegende Fürsorge für die minderjährigen Beteiligten geltend machen, andrerseits die Bitte an die Aufsichtsbehörde beifügen, wie in ähnlichen anderen Fällen, die öffentliche Verwaltung des Vermögens zu gestatten, so weist dieser Testamentsinhalt in seinem Teil darauf hin, daß die von ihnen in Aussicht genommene Einrichtung an die Stelle der eigenen Verwaltung der hiezu nicht befähigten oder testamentarisch darin beschränkten Vermögenseigentümer treten, nicht aber eine gesetzlich notwendige Verwaltung einer rechtlich selbständigen Familienstiftung bilden sollte, wie diese Intention auch in der nachträglichen Erklärung der Witwe Amalie B. vom 7. März 1893, daß ein Grundstock von 174 000 M. für Rechnung der 12 Enkel von ihr deponiert worden sei, und daß an der von ihr und ihrem verstorbenen Ehemann wegen dieses Vermächtnisses gemachten fideikommissarischen Bestimmung im Testament vom 17. Mai 1886 nichts geändert werde, einen zutreffenden Ausdruck gefunden hat.

Ist hienach keineswegs erwiesen, daß die testierenden Eheleute durch ihre letztwilligen Verfügungen eine Familienstiftung im Sinn eines selbständigen Rechtssubjekts („uneigentliches Familienfideikommiß" im Sinne der Justizministerialverfügung vom 24. Juni 1839) begründet haben, wie andrerseits nicht ohne weiteres feststeht, daß eine solche von der zuständigen Staatsbehörde durch Erteilung der juristischen Persönlichkeit in ihrer rechtlichen Existenz anerkannt würde, so war die Belegung des gestifteten Kapitals mit einer Erbschaftssteuer aus Art. 4 lit. E, Art. 8 Abs. 2 des Ges. vom 24. März 1881 nicht nur verfrüht, sondern auch materiell nicht gerechtfertigt.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom

24. April 1894 in der Beſchwerdeſache des W. H. als Verwalters der W. B.'ſchen Familienfideikommißſtiftung.

71.

Streitwert, wenn nur über die Fälligkeit einer Forderung geſtritten wird? [1])

Kläger hatte Klage auf Bezahlung von 366 M. erhoben. Im Termin zur mündlichen Verhandlung beſtritt Beklagter lediglich die Fälligkeit der Forderung. Das Gericht ſetzte den Streitwert auf 100 M. feſt. Der Anwalt des obſiegenden Klägers erhob hiegegen Beſchwerde gemäß § 12 R.A.G.O. mit dem Antrag, den Streitwert auf 366 M. feſtzuſetzen. Das Oberlandesgericht gieng davon aus, daß dem Inhalt und Antrag der Klagſchrift nicht zu entnehmen geweſen ſei, daß Beklagter nur die Fälligkeit der Forderung beſtreiten werde, daß daher der von vornherein in Höhe der eingeklagten Forderung gegebene Streitwert von 366 M. erſt mit Verleſung des Antrags des Beklagten ſich in einer die Anwendung des § 3 C.P.O. rechtfertigenden Weiſe verringert habe, und beſchloß demgemäß, den Streitwert bis zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Abweiſung der Klage zur Zeit auf 366 M., von dort ab auf 100 M. feſtzuſtellen

in Erwägung,

daß Streitgegenſtand im Sinne des § 3 der C.P.O. zunächſt das iſt, was in dem Klaggeſuch gefordert wird, ohne Rückſicht auf die das Geſuch begründenden (vielfach umfaſſenderen) Rechtsverhältniſſe oder die (ſpäteren) Einwendungen des Beklagten [2]),

---

1) Vgl. Jahrbücher Bd. 3 S. 137.

2) Mot. zu § 7 des Entw. des Ger.-Koſtengeſ.; Wilmowski-Levy, C.P.O. § 3 Note 1; Seuffert. C.P.O. § 3 I; Struckmann-Koch, C.P.O. § 4 Note 2, Walter, G.O. S. 80; Willenbücher, Koſtenfeſtſ.-Verf. S. 60; Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 463; Entſch. des Reichsg. III. S. 392 und Juriſt. Wochenſchrift 1892 S. 361.

daß aber, wenn sich schon aus dem sonstigen Inhalt der Klage selbst [1]) oder zu Folge der Klagebeantwortung ergiebt, daß ein Streit zwischen den Parteien nicht im vollen formalen Umfang des Klaggesuchs besteht, ersteren Falls schon von vorneherein, letzteren Falls mindestens vom Zeitpunkt des die Entscheidungsbedürftigkeit [2]) des Klagantrags schmälernden teilweisen Anerkenntnisses des Beklagten ab — ein verringerter Streitgegenstand und damit auch ein verringerter Streitwert insofern und insoweit gegeben ist, als [3]) hienach die prozessuale Regelung lediglich noch des strittigen, bzw. strittig gebliebenen Punktes erübrigt [4]),

daß demgemäß da, wo im konkreten Fall, sei es von vorneherein oder zu Folge der Klagebeantwortnng, lediglich der Ort oder die Zeit der Erfüllung eines Schuldverhältnisses im Streit ist oder bleibt, der Streitwert nicht schlechthin mit dem Nominalbetrag der Forderung (cf. C.P.O. § 6) identifiziert werden kann, daß der Streitwert in solchem Falle vielmehr, wenn gleich grundsätzlich „Streitgegenstand", bzw. „Streitwert" einer — und „Interesse" des Antragstellers am Rechtsstreit andererseits scharf auseinander zu halten sind [5]), nach dem mutmaßlichen Interesse der Parteien an dem einen oder andern Ort oder Zeitpunkt der Erfüllung gemäß § 3 der C.P.O. zu arbitrieren ist, und zwar gleichviel, ob Seitens des Klägers gegenüber dem sich zur Leistung nur an anderem Ort oder zu anderer Zeit erbietenden, resp. für verpflichtet erklärenden Beklagten ein Antrag nur auf Feststellung des Orts oder der Zeit der Leistung oder aber ein Antrag auf Verurteilung zu sofortiger Leistung bzw. zu sofortiger Leistung an bestimmtem Orte gestellt ist [6]),

---

1) Jurist. Wochenschrift 1892 S. 329 „der nach Inhalt und Antrag der Klage zu bestimmende Streitgegenstand".

2) Wach, C.P. S. 369.

3) Entsch. des R.G. Bd. 17 S. 778.

4) Commiss.-Ber. bei Pfafferoth, Gerichtskostenw. S. 9 und 10.

5) Entsch. des R.G. V. 410; XII. S. 155.

6) Motive zu § 6 des Entw. des Ger.K.Ges.; zu vgl. Entsch. des

daß der „Wert des Streitgegenstands“ [1]) für Streitigkeiten bloß über die Fälligkeit einer Forderung in dieser mehr oder weniger hinter dem Nominalbetrag der Forderung zurückstehenden Weise von je Seitens der württ. Gerichte geschöpft worden ist, und daß in gleichem auch seit Inkrafttretung des Reichs-Gerichtskostengesetzes bei der in § 3 ff. C.P.O. vorgeschriebenen Wertsfestsetzung von dem diesseitigen Senate entschieden worden ist [2]).

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 9. April 1894 auf die Beschwerde des R.A. E. in H. in Sachen Fischer g. Pantle.

72.

Sind in einem Fall, wo der Rechtsstreit gemäß § 467 C.P.O. vor das Landgericht verwiesen worden ist, dem obsiegenden Kläger die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens unbedingt zu erstatten?

Beklagter schuldete dem Kläger aus einem Kauf 883 M. Kläger erhob beim Amtsgericht G. Klage auf Bezahlung von 300 M., Beklagter beantragte widerklagend, die Unverbindlichkeit des Kaufvertrags festzustellen und den Rechtsstreit gemäß § 467 C.P.O. vor das Landgericht zu verweisen. Dies geschah. Vor dem Landgericht erweiterte Kläger seinen Antrag auf 883 M. und siegte ob. Im Kostenfestsetzungsverfahren setzte die Civilkammer an der Rechnung des Klägers die Kosten ab, die von dem (nicht bei dem Landgericht zugelassenen) Anwalt berechnet waren, der den Kläger im Verfahren vor dem Amtsgericht vertreten hatte — bis auf 50 Pf. für Portoauslagen, die auch der Partei erwachsen wären. Die Beschwerde

---

R.G. Bd. 22 S. 413 („wenn des Gläubigerrecht fällig ist“) und jur. Wochenschr. 1893 S. 466 Ziff. 2 („Bezieht sich der Klagantrag lediglich auf die Art und Weise ꝛc. ꝛc.)

1) Tarif C Rubrik „Urteile“ des württ. Sportelgesetzes vom 23. Juni 1828 und Art. 7 dieses Gesetzes.

2) Jahrb. der württ. Rechtspfl. III. S. 137 und Entsch. vom 24. 11. 92 in S. Brenner c. Oppold, Beschw.-Reg. Nr. 52.

des Klägers gegen diesen Abstrich wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

In dem Falle, wenn gemäß § 467 der C.P.O. eine Verweisung des Rechtsstreits von dem Amtsgericht an das Landgericht stattgefunden hat, werden nach Absatz 2 Satz 2 des § 467 die im Verfahren vor dem Amtsgericht entstandenen Kosten als Teil der bei dem Landgericht erwachsenen Kosten behandelt. Und wenn in einem solchen Falle die Partei vor dem Amtsgericht durch einen bei dem Landgericht nicht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten war, so ist der Wechsel in der Person des Anwalts als ein im Sinne von § 87 Abs. 2 Satz 2 der C.P.O. notwendiger anzusehen [1]). Mit Recht ist jedoch der Vorrichter davon ausgegangen, daß durch jene Gesetzesbestimmungen eine Prüfung der Frage nicht ausgeschlossen sei, ob die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sich als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige (C.P.O. § 87 Abs. 1) darstellen. Die Prozeßhandlungen in diesem Verfahren — darunter auch die Erhebung der Klage vor dem Amtsgericht — unterliegen einer solchen Prüfung gerade im Hinblick auf § 467 Abs. 2 C.P.O. und § 30 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes vgl. mit § 26 der Geb.-O. für Rechtsanwälte, ebenso wie die Rechtsverfolgung in einem anderen Stadium des als eine Instanz zu betrachtenden Gesamtverfahrens; und das freie Ermessen des Gerichts wird auch durch § 87 Abs. 2, Satz 1 hinsichtlich der Notwendigkeit der Prozeßkosten nur, soweit es die Zuziehung eines Anwalts, nicht auch soweit es die den Kostenersatz begründenden Handlungen des Anwalts anlangt, beschränkt [2]). Eine Prüfung auf die Notwendigkeit der fraglichen Kosten erscheint aber insbesondere in dem Falle zulässig und geboten, wenn die Verweisung der

1) Entsch. des Reichsgerichts Bd. XXII. Nr. 90 S. 432, Bd. XXIV. Nr. 89 S. 421 ff. Jahrbücher der W. Rechtspflege Bd. III. S. 141.

2) Vgl. Gaupp C.P.O. S. 214 VI. 1. Entsch. des Reichsger. Bd. XIII. Nr. 77 S. 314.

Sache an das Landgericht gemäß § 467 der C.P.O. dadurch veranlaßt war, daß der Kläger nur einen Teil eines dem Betrag nach der landgerichtlichen Kompetenz unterliegenden Anspruchs (unter dem Vorbehalt der Geltendmachung des Uebrigen) eingeklagt hatte.

Zwar ist dem Gläubiger die formelle Berechtigung zu einer derartigen Teilklage nicht abzusprechen und mag der Ansicht, welche dem Beklagten hiegegen die Einrede der Unzuständigkeit des Amtsgerichts einräumt, nicht beizupflichten sein [1]).

Auch ist anzuerkennen, daß der Kläger möglicherweise zu Erhebung einer Teilklage durch triftige, nicht zu verwerfende Gründe, etwa die Absicht, mit möglichst geringen Kosten eine präjudizielle Entscheidung zu erwirken, oder durch die Voraussetzung eines eventuellen Einverständnisses des Gegners mit der Beschränkung, bestimmt worden sein kann. Aber wenn die Teilklage eine Verweisung vor das Landgericht im Gefolg hat, so können die dadurch erwachsenden Mehrkosten nicht unbedingt dem schließlich unterliegenden Beklagten zur Last gelegt werden. Durch die Verfolgung des Teilanspruchs im amtsgerichtlichen Verfahren wird die Prozeßlage des Gegners erheblich verschlechtert, derselbe in dem Anspruch auf Einhaltung des gesetzlichen Instanzengangs beeinträchtigt [2]), und zwar auch dann, wenn nicht gleichzeitig mehrere Teilungen erhoben werden. Mit Recht wird daher dem Beklagten gegen ein derartiges Vorgehen das Schutzmittel der negativen Feststellungswiderklage gewährt. Die Erhebung einer Teilklage ist hier auch vom Standpunkt des Klägers selbst aus als eine zweckmäßige Rechtsverfolgung um so weniger dann anzusehen, wenn dieser von vornherein in Aussicht nehmen konnte, der Beklagte werde durch Erhebung einer Incidentwiderklage die Verhand-

1) Vgl. Lang in Jahrb. der W. Rechtspfl. IV. S. 238 ff. und Citate auf S. 241: hiezu Busch's Zeitschrift Bd. XVII. S. 447 ff. Wach, Handb. des C Pr. B. I S. 372. Gaupp, C.P.O. § 293 S. 596 § 235 S. 464 bei Note 11.

2) Vgl. Lang a. a. O.; Busch, Zeitschrift Bd. XII S. 366 ff. Bd. XVII. S. 456.

lung über den ganzen Anſpruch vor dem Landgericht erzwingen. Als eine zweckentſprechende Rechtsverfolgung in dem Sinne aber, wie ſie die Vorausſetzung der Koſtenerſatzpflicht des Gegners bildet, kann das in Frage ſtehende Verfahren in dem Fall wenigſtens nicht gelten, wenn der Kläger einen berechtigten Grund für dieſes Vorgehen nicht hatte und er hiedurch unnötiger Weiſe den Beklagten in eine ſchlechtere Lage gebracht hat. Eine mißbräuchlich geübte Teilung von Klagen und die hierin gelegene, wenn gleich an ſich nicht rechtswidrige, Umgehung der geſetzlichen Einrichtungen in Abſicht auf die ſachliche Zuſtändigkeit der Gerichte würde auch nicht den Intereſſen einer geordneten Rechtspflege entſprechen. Und wenn etwa dem Gläubiger darum zu thun iſt, durch Klagerhebung bei dem Amtsgericht den Vorteil eines ohne Sicherheit vorläufig vollſtreckbaren Urteils (C.P.O. § 649 Ziff. 4) zu gewinnen, ſo mag er billig auch die Gefahr der für den Fall des § 467 der C.P.O. erwachſenden Mehrkoſten auf ſich nehmen [1]).

Im vorliegenden Fall iſt nun von Seiten des Klägers weder bei der Klagerhebung, noch bei dem Antrag auf Feſtſetzung der Koſten, noch endlich bei Begründung der Beſchwerde irgend welcher beſondere Grund für die Beſchränkung der Klage auf einen Teil und für die Klageerhebung vor dem Amtsgericht auch nur angeführt worden, und es hat den Anſchein, als ſei der Grund eben der, weil der erſte Prozeßbevollmächtigte des Klägers nur bei dem Amtsgericht zugelaſſen iſt. Unter dieſen Umſtänden war der Abſtrich der Gebühren dieſes Anwalts gerechtfertigt.

Was die Auslagen der klägeriſchen Partei anlangt, ſo geht der angefochtene Feſtſetzungsbeſchluß von dem zutreffenden Geſichtspunkt aus, daß der Beklagte dieſe Auslagen nur ſoweit zu erſetzen hat, als ſolche im gleichen Betrag bei Erhebung der Klage bei dem Landgericht erwachſen wären.

---

1) Vgl. Willenbücher, Koſtenfeſtſetzungsverfahren 3. Aufl. S. 20 Nr. 4, S. 172 f. Entſch. des Reichsger. Bd. XV. Nr. 108 S. 394 ff. Buſch, Zeitſchr. Bd. XVII. S. 134 ff.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. März 1894 in der Beschwerdesache des Ludwig Heitzmann von Gmünd.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

1.

Sind unter den Ausdrücken „Arzneien" in § 367 Ziff. 3 St.G.B. und „Heilmittel" in § 1 der Kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 betreff. den Verkehr mit Arzneimitteln auch Heilmittel für Tiere begriffen?[1])

Durch Urteil der Strafkammer R. sind die Angeklagten E. J. W. und J. A. wegen einer gemeinschaftlich begangenen Uebertretung im Sinne des § 367 Z. 3 St.G.B. verglichen mit § 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 27. Januar 1890 betreffend den Verkehr mit Arzneimitteln verurteilt worden auf Grund der Feststellung, daß sie gemeinschaftlich eine von dem Angeklagten W. unter dem Namen „Blähsuchtwasser" hergestellte Flüssigkeit als Mittel gegen die Blähsucht des Viehs und der Pferde verkauft haben, während diese Flüssigkeit als Heilmittel nur in Apotheken feilgehalten und verkauft werden dürfe.

Die Revision der Angeklagten, die darauf gestützt war, daß § 367 Z. 3 St.G.B. bzw. § 1 der in der Ueberschrift angeführten Kaiserlichen Verordnung sich nur auf Heilmittel für Menschen, nicht aber auf solche für Tiere beziehe, ist verworfen worden aus folgenden

---

1) Vergl. Oppenhoff (11. Aufl.) Note 20 zu § 367 3; Olshausen (3. Aufl.) zu § 367 Nr. 3, c, β 2; Goltdammer's Archiv Bd. 39 S. 449 und die dortigen Citate; Dresdener Annalen Bd. 13 S. 311.

Gründen:

Der gewöhnliche Sprachgebrauch versteht unter Arzneien Heilmittel für Menschen und für Tiere, wie das Wort „Tierarzneischule" beweist. Daß in § 367 Z. 3 St.G.B. das Wort „Arzneien" in einem engern Sinn zu verstehen ist, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt. Es fällt also unter diese Strafbestimmung auch der Verkauf u. s. w. von Arzneimitteln für Tiere, soweit der Handel mit solchen Mitteln nicht freigegeben ist.

Diese Freigebung ist durch die deutsche Gewerbeordnung nicht erfolgt. Denn dieselbe findet nach ihrem § 6 auf den Verkauf von Arzneimitteln nur insoweit Anwendung, als sie ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält. Unter „Arzneimitteln" sind auch hier solche für Menschen und für Tiere verstanden; dies beweist neben dem allgemeinen Sprachgebrauch der Umstand, daß die Bestimmungen der Gewerbeordnung in Betreff der Ausübung der Tierheilkunde durchaus denjenigen in Betreff der Ausübung der Heilkunde an Menschen entsprechen, was den Schluß rechtfertigt, daß die Gewerbeordnung auch hinsichtlich der Freigabe des Verkaufs der für Tiere bestimmten Arzneimittel den gleichen Standpunkt einnehmen wollte, wie hinsichtlich der Freigabe des Verkaufs der für Menschen bestimmten Arzneien. Ein ausreichender Grund, die Gewerbefreiheit nicht auf den Verkauf von Tier-Arzneien auszudehnen, lag darin, daß durch den leichtfertigen Verkauf solcher Mittel Leben und Gesundheit nicht nur von Tieren, sondern auch von Menschen gefährdet werden können.

Wenn daher nach Abs. 2 des § 6 G.-O. durch Kaiserliche Verordnung bestimmt wird, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind, so bezieht sich dies auch auf die als Heilmittel für Tiere dienenden Apothekerwaren; und wenn die auf Grund dieser Gesetzesbestimmung ergangene Kaiserliche Verordnung vom 27. Januar 1890 festsetzt, daß die in der Anlage A dieser Verordnung aufgeführten Zubereitungen, ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht, als Heilmittel nur in Apotheken feilgehalten oder verkauft werden dürfen, so fehlt abermals jeder Anhaltspunkt dafür, daß der

Ausdruck „Heilmittel" hier in einem engeren Sinn gebraucht ist, als der Ausdruck „Arzneien" in § 367 Ziff. 3 St.G.B. und der Ausdruck „Arzneimittel" in § 6 G.O.; es erscheint vielmehr die Auffassung geboten, daß unter diesen „Heilmitteln" auch die für die Heilung von Tieren verwendeten verstanden sind, eine Auffassung, von der offensichtlich auch die im Anschluß an die erwähnte Kaiserliche Verordnung erlassene Verfügung des Ministeriums des Innern vom 19. Dezember 1891 ausgeht, indem sie in § 1 bestimmt, daß gewisse Zubereitungen zum Gebrauch in der Tierheilkunde nur auf schriftliche Anweisung eines Tierarztes in den Apotheken als Heilmittel abgegeben werden dürfen.

Das angefochtene Urteil hat daher mit Recht angenommen, daß durch die Strafbestimmung des § 367 Ziff. 3 St.G.B. und durch das Verkaufsverbot des § 1 der Kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 auch Heilmittel für Tiere getroffen werden.

Urteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts vom 29. März 1893 in der Strafsache gegen E. J. Walch u. Gen.

2.

Zu § 367 Ziff. 3 St.G.B., Ziff. 9 des der Kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 anliegenden Verzeichnisses und § 7 der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 19. Dezember 1891. Homöopathische Vereinsapotheken.

Nach § 367 Ziff. 3 St.G.B. wird bestraft: „wer ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt." Durch die Kaiserliche Verordnung vom 27. Januar 1890 ist bestimmt, welche Zubereitungen als Heilmittel nur in Apotheken feilgehalten oder verkauft werden dürfen. Die Ministerialverfügung vom 19. Dezember 1891 besagt in § 1: „Die in dem beiliegenden Verzeichnis aufgeführten Drogen und Präparate dürfen nur

auf schriftliche — Anweisung (Rezept) eines Arztes — in den Apotheken als Heilmittel an das Publikum abgegeben werden". Die §§ 3—5 dieser Verfügung enthalten einzelne nähere Bestimmungen des in § 1 ausgesprochenen Grundsatzes, während nach § 2 die Bestimmungen des § 1 keine Anwendung finden auf solche Zubereitungen, die auch außerhalb der Apotheken als Heilmittel feilgehalten und verkauft werden dürfen. § 7 sodann lautet: „Homöopathische Zubereitungen in Verdünnungen oder Verreibungen, welche über die dritte Dezimalpotenz hinausgehen, sind von den Vorschriften der §§ 1—5 ausgenommen".

Es ist nun in neuerer Zeit vielfach vorgekommen, daß homöopathische Vereine aus Vereinsmitteln einen Vorrat homöopathischer Heilmittel angeschafft haben, den ein Mitglied zu verwalten hat, und aus welchem die Mitglieder im Fall des Bedarfs die gewünschten Mittel unentgeltlich erhalten. Die wegen Versehlung gegen § 367 Ziff. 3 St.G.B. angeklagten Verwalter haben bestritten, daß sie Heilmittel „an Andere überlassen" haben, weil die angeschafften Heilmittel im Miteigentum sämtlicher Vereinsmitglieder stehen, sofern die homöopatischen Vereine keine juristischen Personen seien und die Vereinsmitglieder daher nur von ihrem Eigentum Gebrauch machen, wenn sie sich aus dem gemeinschaftlichen Vorrat Heilmittel durch den Verwalter verabfolgen lassen. (In dem Fall, auf den sich die zweite unten mitgeteilte Entscheidung des Oberlandesgerichts bezieht, war in dem Vereinsstatut ausdrücklich gesagt: jedes Mitglied dürfe aus der Vereinsniederlage die „im gemeinschaftlichen Eigentum befindlichen Heilmittel" für seinen Bedarf jederzeit unentgeltlich entnehmen).

Diese Ansicht hat in der Litteratur und Rechtsprechung mehrfach Billigung gefunden: vgl. Olshausen, Kommentar zum St.G.B. (3. Aufl.) Anm. f. β zu § 367[3]; Oppenhoff (11. Aufl.) Anm. 23[b] zu § 367[3]; in einem Urteil des Kammergerichts zu Berlin vom 16. Januar 1893 ist gesagt: „die Arzneimittel, welche der Angeklagte verwahrte, waren auf Kosten des Vereins beschafft und standen daher im Miteigentum

der Mitglieder desselben. Die Mitglieder hatten sonach das Recht, aus dem Vorrat Medikamente unentgeltlich zu beziehen und sich ihren Bedarf zu entnehmen; sie konnten aber auch anderen den Auftrag erteilen, für sie die geeigneten Mittel auszuwählen, und insbesondere konnten sie den Lagerhalter des Vereins zu diesem Zweck in Anspruch nehmen. Demnach war der Angeklagte als Bevollmächtigter des Vereins, beziehentlich seiner Mitglieder wohl befugt, die von ihm verwahrten Arzneien den zum Empfang berechtigten Personen auf deren Ersuchen auszuhändigen. Das schon bestehende Eigentumsrecht der Mitglieder ist durch ihn nur äußerlich in Erscheinung getreten. Ein strafbares „an Andere Ueberlassen" ist danach in der Handlungsweise des Angeklagten nicht zu finden." In entgegengesetztem Sinn hat sich ein in Band 11 S. 129 der Sächs. Annalen abgedrucktes Urteil des Oberlandesgerichts Dresden ausgesprochen in einem Fall, wo es sich um eine eingetragene Genossenschaft als Eigentümerin des Heilmittelvorrats handelte.

Soweit die abgegebenen Heilmittel homöopathische Zubereitungen in Verdünnungen waren, die über die 3. Dezimalpotenz hinausgingen, wurde mehrfach von württembergischen Angeklagten geltend gemacht, daß nach dem oben angeführten § 7 der Ministerialverfügung vom 19. Dezember 1891 die Abgabe solcher Zubereitungen *freigegeben* sei, sonach nicht unter die Strafbestimmung des § 367[3] St.G.B. falle. Dieser Einwand ist in der zweiten der hienach abgedruckten Entscheidungen widerlegt, während *beide* Entscheidungen die Frage, ob in der Abgabe von Heilmitteln aus einer sogen. homöopathischen Vereinsapotheke an Vereinsmitglieder ein „Ueberlassen an Andere" zu finden sei, bejahen. Die zweite Entscheidung beschäftigt sich sodann noch mit der Auslegung des der Kaiserl. Verordnung vom 27. Januur 1890 anliegenden Verzeichnisses.

Die

Gründe

der beiden Entscheidungen lauten:

1.

„Der Berufungsrichter hat auf Grund der von ihm festgestellten Thatsachen ausgeführt, daß in der Abgabe der fraglichen Heilmittel an Vereinsmitglieder ein „Ueberlassen" derselben „an Andere" zu finden ist.

Auch hierin war dem Unterrichter beizutreten.

Es ist festgestellt, daß der homöopatische Lokalverein Dettingen u. T., der zur Zeit etwa 160 Mitglieder zählt und juristische Persönlichkeit nicht besitzt, „ein einfacher Personenverein mit der bei solchen Vereinen üblichen Organisation ist, insofern eine Generalversammlung über wichtigere und ein Ausschuß über minder wichtige Angelegenheiten nach Stimmenmehrheit entscheidet und insofern bestimmte Mitglieder mit der Ausführung der gefaßten Beschlüsse betraut sind"; die Mitgliederzahl des Vereins ist unbeschränkt; nach § 7 des Statuts fällt „das Vereinsvermögen" im Fall der Auflösung des Vereins dem Landesverein für Homöopathie zu und nach § 3 erlöschen bei einem etwaigen Austritt alle Ansprüche an das Vereinsvermögen. Der Verein hat beschlossen, aus der Vereinskasse einen Vorrat homöopathischer Heilmittel anzuschaffen und solche im Bedarfsfall an die einzelnen Mitglieder unentgeldlich abzugeben. Diesem Beschluß gemäß hat der Angeklagte solche Mittel für den Verein bezogen, er hat dieselben als vom Verein „beauftragter Verwalter" in Verwahrung und hat aus dieser „Vereinsapotheke" in den in Frage stehenden Fällen auf wundärztliche Rezepte hin die verschriebenen Mittel an die 3 Vereinsmitglieder abgegeben.

Wenn nun die Verteidigung meint: diese von dem homöopathischen Verein angeschafften Heilmittel stehen im Miteigentum der Vereinsmitglieder und die Abgabe von Gegenständen, an denen dem Empfänger Miteigentum zustehe, sei kein „Überlassen an Andere", so kann dahingestellt bleiben, ob der letztere Satz richtig ist; denn die Voraussetzung desselben, daß jene

Heilmittel im Miteigentum der Vereinsmitglieder stehen, trifft nicht zu.

Personenvereine von der Art des homöopathischen Vereins Dettingen sind keine nach den Grundsätzen des römischen Rechts oder des württ. Landrechts (II, 6) zu beurteilende Gesellschaften, sie nähern sich vielmehr den mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Korporationen: sie können unter ihrem Namen klagen und verklagt werden[1]); das Vereinsvermögen, von dem auch die §§ 3 u. 7 des Dettinger Statuts sprechen, ist von dem Vermögen der einzelnen Mitglieder zu unterscheiden[2]), ähnlich wie z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen vom Vermögen der einzelnen Gesellschafter[3]). Subjekt des Vereinsvermögens ist der Verein, er ist Eigentümer der zu diesem Vermögen gehörigen Sachen[4]). Daneben besteht ein Eigentum des einzelnen Vereinsmitglieds an den körperlichen Sachen des Vereins weder in der Form eines nach Quoten geteilten Miteigentums an den einzelnen Sachen, noch auch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilsrechts am ganzen Inbegriff des Vereinsvermögens. Das einzelne Vereinsmitglied hat nur die aus dem Statut sich ergebenden Ansprüche an den Verein; der Einzelne kann daher kraft seiner Mitgliedschaft fordern, daß ihm im Bedarfsfall ein entsprechendes Quantum der für den Verein erworbenen Heilmittel verabfolgt werde; vor der Ausfolge an ihn steht ihm aber kein Verfügungsrecht über diese Heilmittel zu, erst durch die Ausfolge erlangt er Eigentum an dem ihm verabreichten Quantum.

Der Verein „überläßt" also durch die Ausfolge der Heil-

1) S. R.G.C.S. Bd. 7 Nr. 53; 8 Nr. 31; 27 Nr. 43; Stobbe, Deutsches Privatrecht (3. Aufl.) Bd. 1 § 61; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 56 ff. Bolze, Begriff der jurist. Person § 5 a. E. § 8. Windscheid, Pandekten (7. Aufl.) § 58 bei und in Note 5; Dernburg, Pand. (3. Aufl.) § 61. Regelsberger, Pand. § 78 a. E. S. 312.

2) Vergl. R.G. a. a. O. Bd. 7 S. 170 unten.

3) Vergl. hierüber R.G.C.S. 18 Nr. 8 S. 43; 25 Nr. 52 S. 256; R.G. bei Seuffert 46 Nr. 208. R.G.C.S. Bd. 30 Nr. 11 S. 34.

4) Vergl. Anm. zu Seuffert 33 Nr. 104.

mittel an die einzelnen Mitglieder im Bedarfsfall diese Arzneien „an Andere" d. h. an von ihm verschiedene Vermögenssubjekte, denen zuvor kein Eigentums- oder Verfügungsrecht, sondern lediglich ein obligationenrechtlicher Anspruch in Betreff derselben zustand.

Da bei der in Frage stehenden Verabreichung von Heilmitteln der Angeklagte als Organ des Vereins gehandelt hat, indem er als beauftragter Verwalter und Verwahrer der „Vereinsapotheke" kraft der ihm vom Verein erteilten Vollmacht die gewünschten Mittel auslas und verabfolgte, erscheint er als Thäter einer unter § 367 Ziff. 3 St.G.B. fallenden Uebertretung.

Urteil des Strafsenats des Oberlandesgerichts vom 12. Juli 1893 in der Strafsache gegen Schlotterbeck.

2.

I. Seitens der Verteidigung ist bestritten worden, daß auf die Thätigkeit des Angeklagten die Strafbestimmung des § 367 Ziff. 3 St.G.B. Anwendung finde, weil 1) die von ihm abgegebenen Heilmittel — wie der Berufungsrichter thatsächlich festgestellt hat — sämtlich homöopathische Zubereitungen in Verdünnungen oder Verreibungen gewesen seien, welche über die dritte Dezimalpotenz hinausgehen; und solche Zubereitungen nach § 7 der Verfügung d. K. württ. Ministeriums des Innern vom 19. Dezember 1891 dem freien Verkehr überlassen seien — und weil 2) in der Abgabe von Heilmitteln seitens der Angeklagten an Mitglieder des homöopathischen Vereins W. kein „Ueberlassen an Andere" liege.

Allein was zu 1) die Auslegung des § 7 der angeführten Ministerialverfügung betrifft, so war dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß dieser § 7 zwar den Apothekern gestattet, homöopathische Zubereitungen von der vierten Dezimalpotenz an ohne ärztliches Rezept abzugeben, daß aber keineswegs der Verkehr mit solchen Zubereitungen freigegeben ist; vielmehr besteht auch bezüglich dieser Zubereitungen die Bestimmung des § 1 der Kais. Verordnung vom

27. Januar 1890 fortwährend in Kraft, wonach dieselben als Heilmittel nur in Apotheken abgegeben werden dürfen.

Zu 2) hat die Verteidigung ausgeführt, daß die in der Vereinsapotheke befindlichen Heilmittel im gemeinschaftlichen Eigentum (Miteigentum) der Vereinsmitglieder stehen und daß aus diesem gemeinschaftlichen Vorrat der sog. Vereinsapotheke jedes Mitglied seinen Bedarf nicht anders beziehe, als wenn es ihn kraft seines Eigentumsrechts aus seiner Hausapotheke entnähme.

Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß die Angeklagten zu einer kleinen Quote Miteigentümer der für die Vereinsapotheke angeschafften Heilmittel sind, und hat deren Abgabe, wenn der Ueberlassende kein Inhaber einer Apotheke ist, für strafbar gemäß § 367 Z. 3 St.G.B. erklärt, auch wenn — worauf es im vorliegenden Fall allein ankommt — der Ueberlassende sie „als Verwalter eines gemeinsamen Vorrats", wie der Angeklagte K., abgebe.

Sofern hiemit ganz allgemein gesagt werden will, der Verwalter eines gemeinschaftlichen Vorrats mache sich der genannten Uebertretung schuldig, wenn er von diesem Vorrat etwas an einen der Eigentümer desselben abgebe, mag die Richtigkeit dieses Satzes zu beanstanden sein.

Sofern aber der Berufungsrichter, wie nicht zu bezweifeln ist, mit diesem Satz zugleich ausspricht, daß der Verwalter eines in der Art „gemeinsamen" Vorrats, wie dies der Heilmittel-Vorrat der W.er „Vereinsapotheke" ist, durch Abgabe von Heilmittel an Vereinsmitglieder dieselben an Andere überlasse, ist die Ansicht des Berufungsrichters frei von Rechtsirrtum.

Denn das von der Verteidigung behauptete „gemeinschaftliche Eigentum" der Vereinsmitglieder wäre jedenfalls von ganz eigenartiger Beschaffenheit. Aus den Gründen des Berufungsurteils und dem darin wiedergegebenen Vorbringen der Verteidigung ist zu entnehmen, daß jedes Mitglied nur im Fall des Bedarfs Heilmittel aus der Vereinsapotheke von deren Verwalter verlangen darf; wird es also nicht krank, so

erhält es nichts von dem „gemeinſchaftlichen Eigentum“. Auf der andern Seite muß ein *krankes* Mitglied im Bedürfnisfall das Vielfache der auf dasſelbe nach Bruchteilen entfallenden Quote einzelner oder aller Heilmittel erhalten. Ein Recht der Vereinsmitglieder, auf Teilung des Arzneivorrats zu klagen, muß als ausgeſchloſſen gelten, weil hiemit der Zweck der Vereinsapotheke nicht verträglich wäre. Ebenſowenig läßt ſich denken, daß im Fall des Austritts oder des Konkurſes eines Mitglieds ein Anſpruch desſelben auf einen Teil der Vereinsapotheke oder ihres Werts dem Vereinsſtatut entſpräche (vgl. § 3 desſelben: „Bei einem etwaigen Austritt erlöſchen alle Anſprüche an das Vereinsvermögen“).

Sollten daher auch die einzelnen Vereinsmitglieder als *Miteigentümer* der Vereinsapotheke anzuſehen ſein, ſo wäre dies doch — ähnlich wie das Reichsgericht [1]) bezüglich des Miteigentums der Teilhaber einer offenen Handelsgeſellſchaft am Geſellſchaftsvermögen ausgeführt hat — ein unfruchtbarer Begriff, aus dem keinerlei Rechtsfolgen gezogen werden könnten. Denn dieſes Miteigentum wäre keines im gewöhnlichen Sinn, die ideellen Teile der Miteigentümer wären unpraktiſch [2]); das Recht der Einzelnen betreffs der Vereinsapotheke tritt nur in *der* Form in Erſcheinung, daß der Einzelne gegen den Verein, bezw. die übrigen Mitglieder Anſpruch darauf hat, ſo viel von den in der Vereinsapotheke enthaltenen Zubereitungen zu erhalten, als er bedarf, — alſo in der Geſtalt eines *Forderungsrechts* des Einzelnen gegen die Geſamtheit der übrigen Vereinsmitglieder.

Bei dieſer Sachlage erhält das Mitglied, das ein Heilmittel aus der Vereinsapotheke holen läßt, nicht einen Gegenſtand in ſeinen Beſitz, an dem es ſchon zuvor Eigentum hatte, ſondern es erlangt erſt Eigentum hieran, nachdem ihm der Gegenſtand auf Grund des ihm gegen den Verein, bezw. die Geſamtheit der Vereinsmitglieder zuſtehenden Anſpruchs aus-

1) E.S. Bd. 9 Nr. 32.
2) *Thöl*, HR. (6. Aufl.) § 91 S. 314.

gefolgt ist. Indem der Verwalter der Vereinsapotheke kraft der ihm von dieser Gesamtheit erteilten Vollmacht das Heilmittel verabreicht, giebt er damit seinen Gewahrsam an demselben zu Gunsten des betreffenden Mitglieds auf, das durch die Ausfolge ein zuvor nicht bestehendes Eigentum an dem Heilmittel erwirbt: hierin liegt aber ein „Ueberlassen" des Heilmittels an einen „Anderen".

Sonach beruht das angefochtene Urteil, sofern es in der festgestellten Thätigkeit des Angeklagten K. den Thatbestand des § 367 Z. 3 St.G.B. gegeben findet, nicht auf einer Verletzung des Gesetzes.

II. Die Revision der K. Staatsanwaltschaft St. richtet sich gegen die Freisprechung des Angeklagten L. und rügt, daß diese auf Verletzung des § 367 Z. 3 St.G.B. beruhe. Diese Rüge enthält nach Lage der Sache zugleich die Erklärung, daß Aufhebung des freisprechenden Urteils beantragt wird, womit der Vorschrift des § 384 St.P.O. genügt ist.

Gegen den Angeklagten L. ist festgestellt, daß er an ein Vereinsmitglied „drei verschiedene Mittel: eine Flüssigkeit, Pulver, und Pillen" abgegeben hat: Freisprechung ist erfolgt, weil nicht festzustellen gewesen sei, „ob nicht einer der in Ziff. 3, 4, 9 der Kais. Verordnung vorgesehenen Ausnahmsfälle vorgelegen, die Abgabe dieser Zubereitungen also eine polizeilich erlaubte gewesen" sei.

Richtig ist nun, daß nach Z. 3 und 4 des der Kais. Verordnung vom 27. Januar 1890 anliegenden Verzeichnisses A. gewisse Flüssigkeiten und Pulver dem freien Verkehr überlassen sind; nach Z. 9 dieses Verzeichnisses dürfen aber als Heilmittel nur in Apotheken abgegeben werden: „Pastillen (auch Plätzchen und Zeltchen), Pillen und Körner", ausgenommen 3 Arten Pastillen und eine Art Plätzchen. Die Abgabe von Pillen ist also durchweg den Apotheken vorbehalten; mit der Feststellung, daß der Angeklagte L. Pillen abgegeben habe, ist daher festgestellt, daß er ein nicht dem freien Verkehr überlassenes Heilmittel abgegeben hat, und es ist daher rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter die Freisprechung darauf stützt, daß

auch die Pillen ein dem freien Verkehr überlassenes Heilmittel gewesen sein können.

Das Urteil des Berufungsgerichts mußte daher aufgehoben werden, soweit es die Freisprechung des Angeklagten L. betrifft.

Urteil des Strafsenats vom 12. Juli 1893 in der Strafsache gegen Kaiser und Leutze.

3.

Begründet der Karussellbetrieb im Umherziehen die Pflicht zur Entrichtung der sogen. Ausdehnungsabgabe nach Maßgabe des Art. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1890, betreffend die Kommunalbesteuerung des Hausiergewerbebetriebs?

Wegen Uebertretung dieser Pflicht hatte das Schöffengericht E. gegen den Angeklagten — nach gestelltem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den Strafbescheid des Oberamts E. — durch Urteil vom 9. November 1893 in Anwendung des Art. 4 Abs. 1 des oben erwähnten Gesetzes vom 23. Mai 1890 eine Ordnungsstrafe von 1 M. erkannt; die Strafkammer des Landgerichts St. hat den Angeklagten auf erhobene Berufung am 22. Dezember 1893 freigesprochen. Auf Revision der Staatsanwaltschaft hat der Strafsenat das Urteil I. Instanz wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

Das angefochtene Berufungsurteil stellt fest, daß der Angeklagte, welcher das Karussellgewerbe im Umherziehen betreibt, und hiefür zur Wandergewerbesteuer mit einem Steuerkapital von 700 M. veranlagt ist, in der Zeit vom 16. bis 18. Juli 1893 im Oberamtsbezirk E. sein Gewerbe ausgeübt hat, ohne zuvor eine auf diesen Oberamtsbezirk bezügliche „Ausdehnungsabgabe" im Sinne des Art. 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1890 betreffend die Kommunalbesteuerung des Hausiergewerbebetriebs entrichtet zu haben.

Der erwähnte Art. 2 bestimmt, daß diejenigen Personen,

welche ein nach Art. 99 Ziff. 4—7 des Gesetzes vom 28. April 1873 der Wandergewerbesteuer unterliegendes Gewerbe (Hausiergewerbe) betreiben, und hiefür mit einem Steuerkapital von 100 M. und mehr eingeschätzt sind, außer denjenigen Steuern, welche sie innerhalb Württembergs an ihrem Wohnsitz (bezw. an dem Ort des Beginns des Gewerbebetriebs) entrichten, in jedem Oberamtsbezirk, auf welchen sie ihren Gewerbebetrieb ausdehnen, eine gewisse Abgabe an die Amtskörperschaft (Ausdehnungsabgabe) zu entrichten haben.

Nach Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes aber wird derjenige, welcher der Vorschrift des eben erwähnten Art. 2 Abs. 1 zuwider das Hausiergewerbe in einem Bezirk ausübt, ohne zuvor die Ausdehnungsabgabe entrichtet zu haben, wegen Gefährdung der Abgabe für jeden Oberamtsbezirk, in welchem der vorschriftswidrige Gewerbebetrieb stattgefunden hat, mit Geldstrafe bis zu 75 M. bestraft.

Das Berufungsgericht hat nun den Angeklagten freigesprochen, indem es davon ausging, daß der Art. 99 Ziff. 4—7 des Gesetzes vom 28. April 1873 auf den Karussellbetrieb keine Anwendung leide, wobei des Näheren ausgeführt wird, daß es sich vorweg nicht um Anwendung der Ziffern 4—6, sondern höchstens um die Ziffer 7 des genannten Artikels, welche vom „Verrichten gewerblicher Arbeiten" spricht, handeln könnte, daß aber auch diese Ziffer nicht zutreffe, soferne die Darbietung von Lustbarkeiten, wie sie bei dem Karussellbetrieb bethätigt werde, unter dem Ausdruck „gewerbliche Arbeiten" nicht begriffen werden könne, was unter Anderem durch den Hinweis auf den Sprachgebrauch des § 55 Ziff. 3 u. 4 der Reichsgewerbeordnung (Fassung vom Jahr 1883) zu begründen gesucht wird.

Dieser Gesetzesauslegung kann jedoch nicht beigetreten werden.

Um den Sinn des Art. 99 des Gesetzes vom 28. April 1893 festzustellen, ist vor allem der anderweitige Inhalt und der Zweck dieses Gesetzes ins Auge zu fassen. Dasselbe unternimmt es, die Grund-, Gebäude- und Gewerbebesteuerung in

umfassender und erschöpfender Weise aufs Neue zu regeln. Was insbesondere die Gewerbesteuer anlangt, unterwirft es — von der hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmebestimmung des Art. 2 Ziff. 8 abgesehen — alle im Inlande betriebenen Gewerbe ohne Ausnahme der Besteuerung — darunter beispielsweise auch den bisher nach dem Accisegesetz vom 18. Juli 1824 behandelten Gewerbebetrieb der Ausländer. Der Art. 1 Ziff. 3 (zu vergl. Art. 3) des Gesetzes spricht sich wörtlich dahin aus:

Der Besteuerung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegen die im Lande betriebenen Gewerbe jeder Art.

In dem Abschnitt, welcher von der Gewerbesteuer insbesondere handelt, wird in Art. 85 zwischen dem festen oder seßhaften Gewerbe und dem Betrieb im Umherziehen (oder Wandergewerbe) unterschieden und für ersteres der Ort des Gewerbebetriebs, für den Betrieb im Umherziehen aber der Wohnsitz des (einheimischen) Gewerbetreibenden als maßgebender Ort für die Erfüllung der Steuerpflicht bestimmt. In Art. 99 werden sodann in Bezug auf die Besteuerung der „Wandergewerbe" weitere spezielle Vorschriften erteilt und es werden bei diesem Anlaß diese Gewerbe in verschiedene Gruppen geteilt, indem in Ziff. 1—3 zunächst die Wanderlager, sodann im Anschluß an die Ausdrucksweise des Art. 50 der Württ. Gewerbeordnung vom 15. Februar 1862 — in Ziff. 4 u. 5 der Hausierhandel im engeren Sinne, in Ziff. 6 das Aufkaufen gewisser Artikel im Umherziehen und in Ziff. 7 das Verrichten gewerblicher Arbeiten im Umherziehen behandelt werden.

Hienach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, eine Verrichtung, die, wie der Karussellbetrieb, alle Merkmale eines Gewerbes und zwar eines Wandergewerbes in sich vereinigt, durch diese Klassifikation von der Besteuerung auszuschließen, und es liegt sonach hinreichender Grund vor für die Annahme, daß derselbe in Ziff. 7 den Ausdruck „Verrichtung gewerblicher Arbeiten" nicht in dem beschränkten Sinn verstanden

hat, welcher ihm von dem Berufungsgericht, beziehungsweise von dem Angeklagten beigelegt wird, sondern in einem weiteren Sinn, in welchem er auch den Karussellbetrieb in sich begreift, der ja mit Verrichtung gewerblicher Arbeit — zu vgl. Art. 87 Ziff. 1 des Gesetzes — jedenfalls auch verbunden ist.

Daß der Ausdruck „gewerbliche Arbeiten" thatsächlich in einem solch' weiteren Sinn gebraucht worden ist, dafür sprechen ferner außer der Ausdrucksweise des Art. 50 im Vergleich mit Art. 56 der württ. G.O. von 1862 [1]) — auch die Motive zum Entwurf des Gesetzes von 1873, welcher in dieser Beziehung unverändert geblieben ist, indem sie sich dahin ausdrücken:

> „Ganz, wie der Hausierhandel, sind auch andere im Umherziehen von Ort zu Ort betriebene Gewerbe hinsichtlich der Besteuerung zu behandeln, in welcher Beziehung auf Ziff. 6 u. 7 von Art. 99 verwiesen wird [2])."

ferner:

> „Für die Einschätzung des Hausierhandels, sowie anderer gewerblicher Verrichtungen, im Umherziehen, die wie der Hausierhandel zu besteuern sind, ist die Klassentafel III Abteilung 4 bestimmt" [3]).

womit die Ueberschrift dieser Klassentafel wörtlich übereinstimmt [4]).

Aus sprachlichen Gründen läßt sich hienach ein durchschlagender Einwand gegen die Einreihung des Karussellbetriebs unter die nach Art. 99 Ziff. 4—7 des Ges. v. 28. April 1873

1) Der cit. Art. 50 der württ. G.O. lautet in Absatz 1 wörtlich: Der Hausierhandel oder das Feilbieten von Fabrikaten und Waren auf den Straßen und in den Häusern, die Verrichtung gewerblicher Arbeiten, sowie das Aufkaufen von Waren im Umherziehen ist einer gewerbepolizeilichen Beschränkung nicht unterworfen. Der Art. 56 aber bestimmt unter der Ueberschrift „Ausnahmen": Die Art. 50 (52 ꝛc.), finden keine Anwendung auf Schaustellungen und andere Darstellungen für Auge und Ohr ꝛc. Hieraus — namentlich aus der Ueberschrift „Ausnahmen" — darf geschlossen werden, daß die Gewerbeordnung in Art. 50 unter dem Ausdruck „Verrichtung gewerblicher Arbeiten" an sich auch die in Art. 56 erwähnten „Schaustellungen und andere Darstellungen" begreift.

2) Verh. der Abg. v. 1868 u. 1870 I. B. B. S. 202.

3) l. c. S. 222. S. 238 unten.

4) a. a. O. S. 221.

der Wandergewerbesteuer unterliegenden Gewerbe (Hausiergewerbe) nicht herleiten; ein anderweitiges Bedenken gegen diese Einbeziehung aber existiert überhaupt nicht, insbesondere läßt sich nicht, wie mitunter geltend gemacht wurde, annehmen, daß das Gesetz von 1873 den Karussellbetrieb als accisepflichtig von der Gewerbesteuer habe frei lassen wollen — und zwar schon deshalb nicht, weil der Karussellbetrieb unter den nach dem Accisegesetz vom 18. Juli 1824 als accisepflichtig erklärten Verrichtungen § 2 Ziffer 2 u. § 5, welche allein in Betracht kommen könnten, nicht begriffen ist.

Aus der also begründeten Verpflichtung des Angeklagten zur Entrichtung der Wandergewerbesteuer folgt notwendig auch seine Verpflichtung zur Entrichtung der im Gesetz vom 23. Mai 1890 bestimmten sog. Ausdehnungsabgabe, da die einzige Ausnahme, welche das letztere Gesetz in dieser Beziehung aufstellt (Einschätzung zu weniger als 100 M.), bei dem Angeklagten nach der Feststellung des unterrichterlichen Urteils nicht zutrifft.

Zwar besagen die Motive zum Entwurf des Gesetzes vom 23. Mai 1890 ausdrücklich, daß die Bestimmungen desselben auf diejenigen Wandergewerbetreibenden keine Anwendung finden, welche Musikaufführungen, Schaustellungen, theatralische Vorstellungen und sonstige Lustbarkeiten darbieten [1]); es kann jedoch diese Aeußerung für den vorliegenden Fall um so weniger in Betracht kommen, als nicht zu ersehen ist, ob die Motive hiebei überhaupt den Karussellbetrieb, namentlich einen solchen von größerem Umfang, im Auge gehabt haben; da die Abgabefreiheit der genannten Verrichtungen mit der Accisepflichtigkeit derselben begründet wird, der Karussellbetrieb aber — wie dem Gesetzgeber nicht unbekannt sein konnte — nicht accisepflichtig war, vielmehr schon seit etwa 15 Jahren zur Wandergewerbesteuer nach Art. 99 Ziff. 4—7 des Gesetzes vom 28. April 1873 herangezogen wurde [2]), ist das Gegenteil anzunehmen.

1) Verh. der Abgeord. von 1889 bis 1890, I. B. B. S. 92 u. 93.

2) Zu vgl. Württ. Jahrbücher für Statistik und Landeskunde: Jahrg. 1879 S. 134 f. Riecke, Verfassung ꝛc. (2. Aufl.) S. 322, 324.

Auch der Umstand, daß die Rücksichten auf den Schutz des seßhaften Gewerbes, welche bei Erlassung des Gesetzes vom 23. Mai 1890 im Vordergrund standen, bei dem Karussellbetrieb, zur Zeit wenigstens, nur in geringem Maße zutreffen, berechtigt nicht dazu, den letzteren als von den Vorschriften des Gesetzes ausgenommen zu betrachten, da das Gesetz selbst seine Wirksamkeit auf die in demselben bezeichneten Wandergewerbe nicht von dem Maße der im einzelnen Falle für das seßhafte Gewerbe vorhandenen Gefahr, sondern nur von dem Erfordernis eines gewissen Steuerkapitals abhängig gemacht hat.

Ebensowenig kann davon die Rede sein, daß das Gesetz seine Wirksamkeit auf die bezeichneten Wandergewerbe etwa nach Maßgabe der denselben obliegenden Sportelpflicht eingeschränkt hätte.

Der Angeklagte mußte hienach als verpflichtet angesehen werden, die Ausdehnungsabgabe nach Art. 2 Abs. 1 des Ges. v. 23. Mai 1890 zu entrichten. —

Urteil vom 21. Februar 1894 gegen J. C. Sch. aus E. (Num. 31 von 1894).

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A

Absonderungsrecht 2.
Abtretung einer ärztlichen Praxis gegen Entgelt 169.
Aerztliche Praxis, Abtretung gegen Entgelt 169.
Anfechtungsgesetz, §§ 2 u. 3 Ziff. 1. Vorempfang von Vatergut bei fortgesetzter allgemeiner Gütergemeinschaft als anfechtbare Rechtshandlung 192. Ist der Gerichtsstand des § 25 C.P.O. begründet für eine Klage, womit der Verzicht auf ein Pfandrecht gegenüber dem Eigentümer der verpfändeten Liegenschaft angefochten wird? 225.
Anweisung. Verpflichtung eines Angewiesenen aus der Annahme der A. 83.
Apotheken. Homöopatische Vereinsapotheken 364.
Arbeitslohn. Unzulässigkeit der Pfändung des ausbezahlten A. am Tage der Auszahlung 39.
Arbeitsverdienst, Ersatz bei Körperverletzung 238
Armenanwalt. Zurückbehaltungsrecht des als A. bestellten Rechtsanwalts an den Handakten 243.
Arzneien. Sind unter den Ausdrücken „Arzneien" in § 367 Ziff. 3 St.G.B und „Heilmittel" in § 1 der Kaiserl. Verordnung vom 27. Jan. 1890 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln auch Heilmittel für Tiere begriffen? 362. Zu § 367 Ziff. 3 St.G.B., Ziff. 9 des der Kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 anliegenden Verzeichnisses und § 7 der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 19. Dezember 1891. 364.
Auftrag, Wechsel zum Accept zu präsentieren, Schadensersatzanspruch wegen Nichtbefolgung des A. Kausalzusammenhang. Verpflichtungen und Substitutionsrecht des Beauftragten 176.
Ausdehnungsabgabe nach Art. 2 des Ges. vom 23. Mai 1890 betr. die Kommunalbesteuerung des Hausiergewerbebetriebs 373.
Avis oder kaufmännischer Verpflichtungsschein 17.

B.

Beamte einer Berufsgenossenschaft 171.
Beibringens-Inventar, Beweiskraft 95.
Beischlafs-Unfähigkeit. Ungültigkeit der Ehe. Beweis durch körperliche Untersuchung 24.
Berufsgenossenschaft. Ungültigkeit des Vertrags, wodurch ein Beamter einer B. gegen Entgelt verspricht, eine gewisse Person als seinen Nachfolger zu empfehlen 171.
Beschädigung von Waren im Sinne des § 408 des H.G.B. 235.
Betrug. Zur Bestimmung des Begriffs des B. bei Vertragsabschlüssen 158.
Bierbrauer. Müssen in Württemberg die von einem B. an seine

Kunden gelieferten Bierfäßchen geeicht sein? 116.
Bierbrauerei. Haftung des technischen Leiters einer B. für den Verderb von Bier. Beweislast in Betreff der Ursache dieses Verderbs. 291.
Braumeister, Haftung des technischen Leiters einer Brauerei für den Verderb von Bier 291.
Bürgschaft 20; auf bestimmte Zeit 301. Ist der Gläubiger dem Selbstschuldner-Bürgen gegenüber verpflichtet, seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners anzumelden? 306.

D.

Desertion, böswillige 28.
Dienstbarkeit, Betreten eines fremden Hofraumes 274.
Differenzgeschäfte 161.

E.

Ehe, Ungültigkeit wegen Beischlafs-Unfähigkeit eines Teils. Beweis durch körperliche Untersuchung 24.
Ehebruch. Legitimation eines im Ehebruch erzeugten Kinds 106.
Ehegatten. Welches Recht ist für das Erbrecht des überlebenden Gatten maßgebend? 199.
Ehescheidung wegen Beischlafs eines der Ehegatten mit einem Dritten während der Zeit der Verlobung 26.
Eichung der von einem Bierbrauer an seine Kunden gelieferten Bierfäßchen 116.
Eichungsstempel. Gilt der bayerische E. auf Fässern auch für das übrige Reichsgebiet? 116.
Einredebehauptung. Leugnen einer Einredebehauptung oder Replik? 329.
Erbschaftssteuergesetz vom 24. März 1881. Zu Art. 3 C des E. 230. Unterliegt ein Vermächtnis an eine katholische Pfarrstelle zum Zweck der Abhaltung von Seelenmessen und Seelenämtern der Erbschaftssteuer? 231.
Erbverzicht. Welches Recht ist für die Form des E. maßgebend? 199.
Erfüllungsort für Entschädigungsansprüche wegen Verlöbnisbruchs 36.

F.

Fälligkeit einer Forderung, Streitwert 356.
Familienverhältnis. Kann die Verpflichtung zu Eingehung eines F. Gegenstand einer Obligation sein? 191.
Firma Pflicht der Anmeldung der F. zum Handelsregister seitens eines Gewerbetreibenden 45.
Fischereirecht Uebertragung eines F. durch bloßen Vertrag? 150. Voraussetzungen einer Klage auf Schutz im Besitze einer Fischereigerechtigkeit 232.

G.

Ganggebühr. Ist dem obsiegenden Kläger die von dessen Anwalt an den Gerichtsdiener für das Zurückbringen der Urschrift der Klage mit Terminsvermerk bezahlte Ganggebühr zu erstatten? 227.
Gebäudebrandversicherungsanstalt Gehen auf die württ. G. durch Leistung der Vergütung an einen Versicherten von selbst dessen Rechte gegen den ersatzpflichtigen Dritten über? 341.
Gerichtsdiener, Ganggebühr 227.
Gerichtsstand der Klage auf Anerkennung des statutarischen Nutznießungsrechts an Liegenschaften 199. Ist der G. des § 25. C.P.O. begründet für eine Klage, womit der Verzicht auf ein Pfandrecht gegenüber dem Eigentümer der verpfändeten Liegenschaft angefochten wird? 225.
Gewerbetreibende, Pflicht der Anmeldung der Firma zum Handelsregister 45.
Gift u. Arzneien. Zu § 367 Ziff. 3 St.G.B. Ziff. 9 des der Kaiserl.

Verordnung vom 27. Januar 1890 anliegenden Verzeichnisses und § 7 der Verfügung des Ministeriums d. Innern vom 19. Dezember 1891. 364.

H.

Haftpflichtgesetz. Liegt ein Vermögensnachteil im Sinne des § 3 Ziff. 2 des H. für einen Verletzten vor, der trotz verminderter Arbeitsfähigkeit denselben Lohn bezieht wie vor der Verletzung? 220. Unzulässigkeit der Anrechnung einer Witwenpension auf die nach dem H. von dem Betriebsunternehmer zu leistende Entschädigung 241.

Handelsfrau. Gewahrsam an den Waren einer in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden H. 96.

Handelsgesellschaft, offene. 1. Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber einer wider den Teilhaber einer o. H. erhobenen Wechselklage, wenn die Klage aus dem Wechsel gegen die o. H. noch anhängig ist. 2. Einrede des Betrugs, gestützt darauf, daß der Teilhaber einer o. H. den eingeklagten Wechsel für eine Privatschuld auf den Namen der Gesellschaft acceptiert habe 47.

Handelsgesetzbuch, Auslegung von Art. 408 des H. 235.

Hausiergewerbebetrieb, Kommunalbesteuerung 373.

Hauskauf. Täuschung über den Mietertrag eines Hauses beim Verkauf desselben 69.

Hauskind, Hausvater. Zur Frage der Dispositionsbefugnis des Hausvaters über das adventizische Vermögen des Hauskinds nach württ. Recht. Bedarf ein von dem Hausvater abgeschlossener Vergleich über zum bonum adventitium regulare eines minderjährigen Hauskinds gehörige Forderungen der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde? 138.

Heilmittel. Sind unter den Ausdrücken „Arzneien" in § 367 Ziff. 3 St.G.B. und „Heilmittel" in § 1 der Kaiserl. Verordnung vom 27. Januar 1890 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln auch Heilmittel für Tiere begriffen? 362.

Hofraum. Hat derjenige, der das dingliche Recht hat, zu einem bestimmten Zweck einen fremden Hofraum zu betreten, einen Anspruch auf einen Schlüssel zum Thor dieses Hofraums? 274.

Homöopatische Vereinsapotheken 364.

J.

Jagdpächter, rechtliche Stellung des Teilhabers und des Stellvertreters. Rechte derselben gegenüber einem an Stelle des bisherigen Jagdpächters auf dessen Betreiben getretenen neuen Jgdp., der entgegen einer von ihm mit dem bisherigen J. getroffenen Abrede ihre Eintragung als Teilhaber bezw. Stellvertreter außer Wirkung gesetzt hat? 285.

Impotenz 24.

K.

Karusselbetrieb. Begründet der K. im Umherziehen die Pflicht zur Entrichtung der sogen. Ausdehnungsabgabe nach Maßgabe des Art. 2 des Ges. v. 23. Mai 1890, betr. die Kommunalbesteuerung des Hausiergewerbebetriebs? 373.

Körperverletzung, Ersatz des Arbeitsverdiensts 238. Wirkung der Ablehnung einer Operation auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten? 339.

Kommunalbesteuerung des Hausiergewerbebetriebs 373.

Konkursmasse. Schadensersatzforderung einer K. gegen eine andere K. wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags, wenn beide Kontrahenten in Konkurs gekommen sind (§§ 15 21 K O.) 350.

Konkursverwalter. Sind in einem von dem K. aufgenommenen Prozesse des Gemeinschuldners die Kosten des Rechtsstreits schlechthin, oder bloß vom Zeitpunkte der Aufnahme des Verfahrens seitens des K. an Massefchulden bezw. Masseforderungen? 135. Kann ein K. die Verwertung einer zur Masse gehörigen verfaustpfändeten Forderung unter allen Umständen nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung betreiben? (§ 117 K.O.) 337.
Kontokorrent 20.
Konventionalstrafe 59.
Krankenkasse Kann ein Verletzter für die Zeit, während der er auf Grund seiner Beteiligung an einer K. in einem Krankenhaus unentgeltlich verpflegt und verköstigt worden ist, Ersatz des gesamten ihm entgangenen Arbeitsverdiensts von dem Verletzer verlangen? 238.
Kreditvertrag. Auslegung des Versprechens, für alle aus dem K. dem Kreditgeber erwachsenden Ansprüche und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitals als der Zinsen haften und sich dafür verbindlich machen zu wollen, wenn sich der Saldo durch Wechsel, die in Rechnung gegeben werden und mit Protest zurückgehen, erhöhe 20.

L.

Legitimation eines im Ehebruch erzeugten Kinds 106.
Liegenschaftsgesetz vom 23. Juni 1853. Zu Art. 1 u. 11 des L. 146.
Liegenschaftsverkauf im Zwangsvollstreckungsweg 251.

M.

Mäcklergebühr 13.
Maß- und Gewichts-Ordnung vom 17. Aug. 1868, 118.
Miete. Hat der Vermieter oder der Mieter die Gefahr des Zufalls zu tragen, wenn zufolge eines bau- oder gewerbepolizeilichen Verbots die vermietete Sache dem Mieter nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden kann? Ist der Mieter in einem solchen Fall unter Umständen zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt? 186.
Militärfiskus, Offizierswitwenpension 90.
Miteigentum, Wirkung eines Vergleichs über die Ausübung des M. gegen Sonderrechtsnachfolger 265. Teilung unter einigen der Teilhaber 269.

N.

Nießbrauch s. Nutznießungsrecht.
Nutznießungsrecht, statutarisches, an Liegenschaften, Gerichtsstand der Klage auf Anerkennung 199. Voraussetzungen der Verwirkung 199.

O.

Obligation. Kann die Verpflichtung zu Eingehung eines Familienverhältnisses Gegenstand einer O. sein? 191.
Offizierswitwenpension 90.
Operation. Wirkung der Ablehnung einer O. auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten 339.

P.

Pacht eines Steinbruchs 77.
Pension. Passivlegitimation bei dem Anspruch der Witwe eines Offiziers auf P. Bezieht sich die Ausschlußfrist auch auf die nach Württembergischen Bestimmungen zu gewährende Pension? 90.
Pfändung Unzulässigkeit der Pf. des ausbezahlten Arbeitslohns am Tage der Auszahlung 39. Pf. von Waren einer in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Handelsfrau 96.
Pfandgesetz Zu Art. 225 des Pf. 153.
Prozeßkosten. Zur Auslegung des § 94 C.P.O. 336.

R.

Rechtsanwaltsgebührenordnung. § 17 der R. 228.
Rechtshängigkeit 47.
Reichscivilprozeßordnung. Die wesentlichsten Mängel der deutschen R. und Vorschläge zu ihrer Revision 247.
Reichsmilitärfiskus, Offizierswitwenpension 90.
Replik oder Leugnung einer Einredebehauptung? 329.

S.

Sachgesamtheit, Verpfändung 1.
Schadensersatz. Kann ein Verletzter für die Zeit, während der er auf Grund seiner Beteiligung an einer Krankenkasse in einem Krankenhaus unentgeltlich verpflegt und verköstigt worden ist, Ersatz des gesamten ihm entgangenen Arbeitsverdiensts von dem Verletzer verlangen? 238.
Schadensersatzanspruch wegen Nichtbefolgung des Auftrags, Wechsel zum Accept zu präsentieren 176.
Schadensersatzforderung einer Konkursmasse gegen eine andere Konkursmasse wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags, wenn beide Kontrahenten in Konkurs gekommen sind (§§ 15. 21 K.O.)? 350.
Schadensersatzklage gegen die Unterpfandsbehörde 153.
Schlüssel, Anspruch auf einen Sch. bei dinglichem Recht zur Betretung eines Hofraums 274.
Schweigen als Willenserklärung 212.
Selbstschuldner-Bürge. Ist der Gläubiger dem S. gegenüber verpflichtet, seine Forderung im Konkurs des Hauptschuldners anzumelden? 306.
Singularsuccessor im Miteigentum 265.
Sonderrechtsnachfolger, Wirkung eines Vergleichs über die Ausübung des Miteigentums gegen S. 265.
Spiel. Unklagbarkeit der Spielschulden und eines zum Spielen gegebenen Darlehens 87.
Statutarische Nutznießung an Liegenschaften, Gerichtsstand der Klage auf Anerkennung 199. Voraussetzungen der Verwirkung 199.
Steinbruch, Pacht, Eigentumserwerb an ausgebrochenen Steinen 77.
Stellvertreter eines Jagdpächters, rechtliche Stellung 285.
Stiftung. Successives Vermächtnis oder Stiftung? 353.
Streitwert, wenn nur über die Fälligkeit einer Forderung gestritten wird 356.
Subhastationsverfahren 251.

T.

Täuschung über den Mietertrag eines Hauses beim Verkauf desselben 69.
Teilhaber eines Jagdpächters, rechtliche Stellung 285.
Teilung unter einigen der Teilhaber 269.
Thatsachen. Zum Begriff der Th. im Sinn des § 410 C.P.O. 332.

U.

Unfallversicherung. Unter welchen Voraussetzungen kann der Dritte, der für einen unter das württ. Fürsorgegesetz vom 23. Mai 1890 fallenden Unfall aufzukommen hat, gegenüber dem Ersatzanspruch des Staats aus Art. 10 Abs. 2 dieses Gesetzes sich auf einen mit dem Verletzten oder dessen Erben geschlossenen Vergleich berufen? 308.
Universalvermächtnisnehmer. Steht dem U. ein gesetzlicher Pfandrechtstitel zu? 151.
Unterpfand. Kann der Pfandgläubiger im Falle der freiwilligen Veräußerung des U. sofortige Befriedigung einer betagten Pfandforderung verlangen, oder muß sich derselbe damit begnügen, daß das Unterpfandsrecht von dem neuen Erwerber in dem seitherigen Umfang übernommen wird? 43.

Unterpfandsbehörde. Muß unter Umständen vor Erhebung der Schadensersatzklage gegen die U. der dritte Besitzer des verpfändeten Grundstücks belangt werden? Ist dieser Erwerber gegen die Klage des Unterpfandgläubigers durch Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes geschützt, wenn eine unstatthafte Löschung des Unterpfands stattgefunden hat? Steht dem Pfandgläubiger, den die verklagten Mitglieder der U. an den dritten Besitzer des Unterpfands verweisen, die Replik der Arglist zu? 153. Haftung der U. für ein von ihr ausgestelltes Zeugnis. Kausalzusammenhang zwischen Verschuldung und Schaden 277.
Unterstützungs-Verein 319.

V.

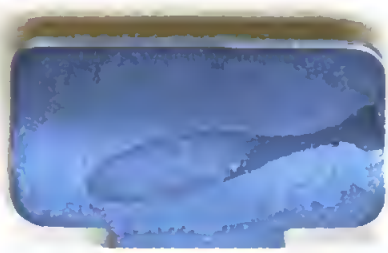
Verein, Auflösung oder bloße Aenderung des Statuts? Inwiefern ist eine Veränderung des Statuts in Betreff der Bedingungen der Angehörigkeit zu einem (Unterstützungs-)Verein mit Wirkung für die derzeitigen Mitglieder zulässig? 319.
Verhandlungsgebühr 99. Berechnung der V., wenn über einen Teil des Streitgegenstands kontradiktorisch und über einen Teil nicht kontradiktorisch verhandelt wird. 101.
Verlassung, bösliche, seitens einer von ihrem Ehemann mit dessen Einverständnis getrennt lebenden Ehefrau 28.
Verlöbnisbruch, Erfüllungsort für Entschädigungsansprüche wegen V. 36.
Vermächtnis, successives oder Stiftung? 353.
Vermächtnisvertrag oder unverbindliche Versicherungen? 52.
Verpflichtungsschein, kaufmännischer, oder Avis 17.
„Versandt prompt" (vor Schluß der Rheinschifffahrt), Bedeutung der Klausel 62.
Versicherung, Eintrittsrecht des Versicherers in die Rechte des Versicherten gegen den ersatzpflichtigen Dritten 344.
Vertragsstrafe 59.
Verweisung des Rechtsstreits vom Amtsgericht an das Landgericht, Erstattung der Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens 358.
Vormund, Verschulden 31.

W.

Warenlager, Verpfändung als Zugehörung eines Fabrikanwesens 1.
Wechsel. Haftung des Bürgen im Kontokorrentverhältnis 20. Schadensersatzanspruch wegen Nichtbefolgung des Auftrags, W. zum Accept zu präsentieren 176.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Verjährung, Voraussetzungen 296.
Willenserklärung. Schweigen als W. 212.
Wohnsitz, Begriff 199.

Z.

Zinsen, bedungene, im Sinne des Art. 1 Ziff. 9 des Gesetzes vom 6. Mai 1852. 296.
Zufall. Haftung bei der Miete 186.
Zugehörungen, Verpfändung 1.
Zurückbehaltungsrecht des als Armenanwalt bestellten Rechtsanwalts an den Handakten 243.
Zuschlagsbescheid bei Zwangsverkauf von Liegenschaft 251.
Zwangsversteigerung von Liegenschaft 251.
Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen. Wird ein im Zwangsvollstreckungsweg erfolgender Liegenschaftsverkauf nach der württemb. Subhastationsordnung vom 18. August 1879 perfekt mit der Zeichnung des höchsten Angebots oder mit der Erteilung des Zuschlagsbescheids? Ist für die Anfechtung des Zuschlagsbescheids der Rechtsweg zulässig? Ist die Vollstreckungsbehörde, auch soweit sie ihre Befugnisse überschreitet, noch gesetzliche Vertreterin des Vollstreckungsschuldners? 251.



Digitized by Google